3 1761 06739899 0

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Zehnten Theils erste Abtheilung.

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm.

1808.

K

G5675A8
T2.10
Alth.1

LIBRARY
NOV 23 1970
UNIVERSITY OF TORONTO

Lib. VIII. Tit. I.

De servitutibus.

§. 659.

Wesentlicher Character der dinglichen Servituten und Unterschied derselben von Zwangs- oder Banngerechtigkeiten.

Das achte Buch der Pandecten handelt blos von Prädial-Servituten [1]). Nicht nur die Ordnung und Folge der Bücher und Titel lehrt dies unwidersprechlich, sondern es ist auch bekannt, daß die Real-Servituten schlechthin und vorzugsweise durch den Namen *servitutes* bezeichnet werden [2]). Daher können die Gesetze dieses Titels, seiner generellen Ueberschrift ungeachtet, nur von dinglichen Dienstbarkeiten erklärt werden [3]). Das Wesen

1) Außer den schon an einem andern Orte (9. Th. S. 2.) angeführten Schriften eines *Janus a* COSTA, *Em.* MERILLIUS, und Zachariä sind in dieser Rechtslehre noch folgende anzuführen. *Barth.* CAEPOLLA de Servitutibus praedior. rusticor. et urbanor. *Coloniae 1666.* 4. *Herc. Franc.* DANDINI Interpretationes de servitutibus praediorum. *Veronae 1741.* 4. C. E. Münter von den Servituten nach dem reinen Sinn der Gesetzgebung. 1. Th. von den Prädial-Servituten. Hannover 1806. 8.

2) S. *Io.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 1.

3) Z. B. *L. 4. L. 8. 15.* u. *18. h. t.* S. *Gottl.* HUFELAND Diss. de legum in Pandectis interpretandarum subsidio ex earum nexu et consecutione petendo. §. 2.

Wesen einer dinglichen Servitut, von welcher der Begriff schon an einem andern Orte (§. 621.) gegeben worden ist, besteht nun darin, daß das Grundstück des Einen dem Grundstücke eines Andern dient, und zwar dergestalt, daß die Substanz des einen Grundstücks selbst für das andere Grundstück Nutzen und Vortheil gewährt, ohne daß die jedesmalige Gewährung desselben von positiven Handlungen des Besitzers abhängig ist [4]). Nicht nur Paulus druckt diesen wesentlichen Character deutlich genug aus, wenn er *L.* 12. *D. Commun. praedior.* sagt: Cum *fundus fundo servit*, vendito quoque fundo, servitutes sequuntur. Aedificia quoque fundis, et fundi aedificiis eadem conditione serviunt; sondern auch schon das natürliche Verhältniß, in welchem Grundstücke vermöge ihrer Lage zu einander stehen, lehrt es, daß dingliche Servituten ihren Entstehungsgrund in einem gewissen nachbarlichen oder Lokal-Verhältniß zweyer Grundstücke haben, in einem gewissen Bedürfniß des einen, die Dienstbarkeit von dem andern zu erlangen, und in einer von Natur paßlichen Lage oder Beschaffenheit des letztern, zum Nutzen und Vortheil des ersten etwas zu leiden oder nicht zu thun. Dingliche Servituten setzen also

I. ihrem Wesen nach zwey Grundstücke voraus, ein herrschendes, praedium *dominans*, und ein dienendes,

4) Die französische Definition von Servitut, worunter auch im eigentlichen Sinn nur eine dingliche Dienstbarkeit verstanden wird, welche im *Code Napoleon* Art. 637. vorkommt, wo es heißt: Une *Servitude* est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un heritage appartenant à un autre propriétaire, drückt das Wesen der Real-Servitut sehr pünctlich aus.

des, praedium *serviens* [5]), welche sich, wie das Subject und Object des Rechts, zu einander verhalten [6]).

II. Sie gehen sowohl active, in Absicht der dem herrschenden Grundstück anklebenden Gerechtigkeit, als passive, in Absicht der auf dem dienenden praedio haftenden Belästigung, auf jeden Besitzer über [7]), selbst alsdann, wenn das eine oder andere Grundstück vom Staate eingezogen wird: quia cum sua causa quisque fundus publicaretur, wie **Paulus** sagt, *L.* 23. §. 2. *D. de servitutib. praedior. rusticor.*

III. Da bey einer Realservitut das praedium dominans Subject des Rechts ist, so steht sie nicht bloß der Oberfläche desselben, sondern dem Grundstück selbst zu [8]). Hieraus folgt, daß wenn auch das alte Gebäude

5) In den Gesetzen kommt zwar die Benennung *praedium* f. *fundus serviens* öfters vor, aber nicht der Ausdruck *praedium dominans*, so allgemein üblich auch jetzt bey den Rechtsgelehrten diese Benennung ist. Die Gesetze sagen: *fundus, cui servitus debetur*, oder *praedium, cui servitur. L.* 23. §. 2. *D. de servitut. praedior. rustic. L.* 140. §. 2. *D. de Verbor. obligat.* Statt praedium serviens kommt auch das Wort *servum* vor. *L.* 8. §. 1. *D. de action. emti vend.* Ferner *fundus servus. L.* 20. §. 1. *D. de acquir. rer. dom.* Desgleichen *aedes servae. L.* 6. §. 3. *D. Commun. praedior.*

6) Wenn **Ulpian** *L.* 1. *pr. D. de condict. tritic.* von einer *Servitus utrorumque praediorum* redet, so geht das *utrorumque* nicht auf das praedium dominans und serviens, sondern auf praedium urbanum et rusticum. S. KONOPAK Institutionen des Röm. Rechts §. 271. not. f.

7) *L.* 12. *D. Commun. praedior. L.* 3. *Cod. de servitutib.*

8) *L.* 13. *pr. D. de servitutib. praedior. rustic.* Daher wird *L.* 31. §. *ult. D. de negot. gest.* gesagt: Sententia *praedio* datur, wodurch über eine dem Grundstück zustehende Servitut entschieden worden ist.

niedergerissen, und ein neues an dessen Stelle aufgerichtet wird, das neue immer die Rechte desjenigen behält, an dessen Stelle es getreten ist [9]). Auf gleiche Weise haftet aber auch

IV. eine Real-Servitut nicht blos auf der Oberfläche des dienenden Gutes, sondern auf dem Grund und Boden selbst [10]). Man folgerte diesen Satz aus dem Begriff derselben, vermöge welchen bey einer dinglichen Servitut immer ein Grundstück Object des Rechts ist. Daher muß das dienstbare Haus, wenn es einfällt und wieder aufgebauet wird, dieselben Servituten leiden, wie das vorige [11]).

V. Das Recht, welches einem Grundstück vermöge einer Servitut zusteht, erstreckt sich eben so auf alle Theile desselben [12]); als die Last, welche das dienstbare Gut deswegen leiden muß, auf allen Theilen desselben haftet, insofern nicht die Ausübung derselben auf einen bestimmten Theil stillschweigend oder ausdrücklich eingeschränkt worden ist [13]). Wenn daher das praedium dominans theilweise verkauft wird, oder mehrere sich darin theilen, so ist jeder zur Ausübung der ganzen Servitut berechtiget [14]); und wenn

9) Zachariä wissenschaftl. Entwickel. der Lehre von dinglichen Servituten. §. 4.

10) *L. 14. D. Quemadm. servitut. amitt.*

11) *L. 11. pr. D. de servitut. praedior. urbanor.*

12) *L. 23. §. 3. D. de Servitut. praedior. rusticor.*

13) *L. 9. D. de Servitut. L. 13. §. 1. L. 21. L. 22. L. 23. §. 3. D. de servitut. praedior. rusticor.*

14) *L. 23. §. 3. D. de servit. praed. rustic.* Quaecunque Servitus fundo debetur, *omnibus eius partibus debetur.* Et ideo, quam-

wenn das dienstbare Gut an mehrere Besitzer kommt, so muß jeder die Servitut leiden [15]). Bey Prädial-Servituten findet daher Recht und Verbindlichkeit in solidum Statt [16]).

VI. Das Recht, welches das herrschende Grundstück durch eine Servitut erwirbt, muß immer ein solches seyn, welches dem Grundstück selbst entweder zum bleibenden Vortheil gereicht, oder demselben eine bleibende Annehmlichkeit verschaft, gesetzt auch, daß sie nicht gerade diesem oder jenem Besitzer den Nutzen oder das Vergnügen gewähren sollte, weswegen die Servitut constituirt ist [17]). Gewinnt das Grundstück selbst dabey nichts, sondern gereicht sie blos der Person des jetzigen Besitzers zum Vergnügen und Zeitvertreib, so ist dies keine Real-Servitut, sondern eine bloße Personal-Vergünstigung [18]). Es muß aber auch

quamvis particulatim venierit, omnes partes servitus sequitur: ita ut singuli recte agant, *jus sibi esse fundi.* Statt *fundi* lieset die Vulgata *eundi.* Es läßt sich aber die Florentinische Lesart sehr wohl erklären: nämlich ius fundi ist so viel als *ius servitutis.* S. WESTPHAL de libert. et servitutib. praedior. §. 588. not. 521. lit. b. Adde *L. 25. D. eod.* Si partem fundi mei certam tibi vendidero, aquaeductus ius, etiamsi alterius partis causa plerumque ducatur, te quoque sequetur.

15) *L. 140. §. 2 in fin. D. de Verb. obligat. L. 6. D. Quemadm. servitut. amitt.* Quoniam unum atque eod. modo individuum viae ius est.

16) *L. 17. D. de Servitut. L. 25. §. 9. D. fam. erciſc. L. 7. D. de servit. leg. L. 2. §. 1. L. 72. pr. D. de Verb. Oblig.*

17) *L. 19. D. h. t. L. 3. pr. D. de aqua quot.* S. des 9. Th. 1. Abth. §. 620. Nr. 5. und §. 621. Nr. 2.

18) *L. 8. D. h. t.* S. den 9. Th. S. 13. und *Ian. a* COSTA Praelectiones ad illustr. quosd. Titulos iuris civ. p. 37.

VII. der aus der Servitut zu erwartende und zu gewährende Vortheil dem dienenden Grundstück selbst inhäriren, und in der Beschaffenheit oder Lage des Guts gegründet seyn. Denn wenn die jedesmalige Gewährung des aus der Servitut entspringenden Vortheils von positiven Handlungen oder Prästationen des Besitzers des dienenden Gutes abhängig wäre, wenn dieser Nutzen nicht vielmehr aus der Beschaffenheit oder Lage des Guts von selbst folgte, so würde dies zwar eine, höchstens auf die Erben des Verpflichteten sich mit erstreckende, obligatio, aber keine auf den successor singularis übergehende Prädial-Servitut seyn [19]). Es liegt daher

VIII. schon in der Natur der Sache, und ist auch in der Römischen Rechtstheorie, als eine practisch wichtige Wahrheit, gegründet, daß keine Servitut in faciendo, sondern nur in Restrictionen der Eigenthumsrechte des domini praedii servientis bestehen könne [20]).

So richtig und philosophisch consequent auch alle diese Sätze sind, so fehlt es dennoch nicht an Rechtsgelehrten, welche sie ohne weiteres für lauter überflüssige Subtilitäten des Römischen Rechts erklären, auf die heut zu Tage in den Gerichten nicht die mindeste Rücksicht zu nehmen sey. Es

19) S. den 9. Theil S. 6.

20) *L. 15. §. 1. D. h. t.* Servitutum non ea natura est, *ut aliquid faciat quis*, (veluti viridia tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat): *sed ut aliquid patiatur, aut non faciat.* S. *Aegid.* MENAGII Amoenitat. iuris civ. Cap. 29. *Io. Guil.* HOFFMANN Meletem. ad Pand. Disput. IX. §. 1. und *Christ. Henr.* BREUNING Specim. cont. caput iuris controversum de servitute in faciendo ad philosophiam Pomponii in L. 15. D. de Servitut. *Lipsiae 1768.*

Es ist zu bedauern, daß unter diesen Tadlern einer römischen Rechtslehre, die von den größten Rechtsgelehrten von jeher als ein Meisterstück des juristischen und philosophischen Geistes der Römer bewundert worden ist, sich Männer von Ansehen und bedeutendem practischen Gewicht befinden [21]), welche durch eine solche Sprache, die vielleicht von tausend Zungen nachgelallt, und blindlings angewendet worden ist, unserer Rechtswissenschaft gewiß keinen geringen Nachtheil zugefügt haben. Ein Beyspiel davon giebt die irrige Vorstellung, die man sich von den teutschen Zwangsgerechtigkeiten und sogenannten Bannrechten macht, wenn man sie für servitutes in faciendo consistentes hält; und den Grundsatz aufgestellt hat, daß nach teutschen Rechten eine Servitut in faciendo bestehen könne [22]). In der That darf man sich aber nur einen richtigen Begriff von den teutschen Zwangs-Gerechtigkeiten machen, um sich zu überzeugen, wie sehr man dabey das eigentliche Wesen der dinglichen Servituten aus den Augen verlohren habe, wenn man jene mit diesen in eine Classe setzt [23]).

21) Man vergleiche z. B. eines verdienstvollen LEYSERS Meditat. ad Pandect. Vol. II. Specim. CVII. meditat. I. und Vol. VI. Specim. CCCLXXXV. pag. 909.

22) S. *Ephr.* GERHARD diss. de servitutibus in faciendo consistentibus. *Ienae 1710.* *Gottl. Gerh.* TITIUS de servitute faciendi. *Lipsiae 1710.* Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 274. Gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle von Gmelin und Elsässer. 4. Band §. 172. S. 251. f. und Carl Gc. von Zangen Beyträge zum teutschen Rechte. Giessen 1788. S. 250.

23) Man sehe hier vorzüglich Ad. Diet. Webers Versuche über das Civilrecht, und dessen Anwendung Nr. I. §. 7. S. 33.

Man versteht unter einer Zwangs-Gerechtigkeit die gewissen physischen oder moralischen Personen zustehende, oder mit dem Besitz eines Grundstücks verbundene Befugniß, den ihr unterworfenen Personen die Anschaffung oder Zubereitung gewisser Bedürfnisse bey jedem Andern, als dem Berechtigten, zu untersagen. Steht diese Befugniß dem Berechtigten gegen alle Einwohner eines gewissen Districts oder gegen gewisse Classen derselben zu, so wird sie ein Bannrecht genennt [24]). Es giebt in Teutschland viele besondere Arten solcher Bann- und Zwangsrechte, unter denen der Brau- und Bierzwang, der Mühlenzwang, die Zwangsbackofen-Gerechtigkeit, die Zwangschenken-Gerechtigkeit, und das Recht

des

33. f. und Carl Gebhardt über den Unterschied zwischen Servituten und Zwangs- und Bann-Gerechtigkeiten. Leipzig 1807. 8.

24) Der Begriff, den einige geben, welche unter Bannrechten diejenige Art von Dienstbarkeiten verstehen, vermöge welcher Jemand die Besitzer gewisser Güter oder Einwohner eines Orts zu Etwas zu zwingen befugt ist, was dieselben nach der natürlichen Freyheit zu thun nicht schuldig sind, (man s. Runde a. a. O. §. 275. und Theod. Hagemanns Handbuch des Landwirthschaftsrechtes §. 155.) scheint mir nicht richtig zu seyn. Der Bannberechtigte hat zwar ein ius prohibendi, aber keinesweges ein ius cogendi. Wem z. B. der Bierzwang zusteht, kann die Bannpflichtigen nicht nöthigen, durchaus bey ihm Bier zu kaufen, er kann sie blos abhalten, daß sie kein Bier bey Andern kaufen. Einen richtigern Begriff giebt Ge. Ludw. Böhmer in den auserlesenen Rechtsfällen 3. Band Nr. 236. S. 559. und das Allgemeine Landrecht für die Preuß. Staaten 1. Th. Tit. 23. §. 2—4.

des Salzzwanges die gewöhnlichsten sind [25]). Wollte man diese Zwangsgerechtigkeiten, insofern sie eine Einschränkung der natürlichen Freyheit enthalten, wirklich für Servituten halten, so würden sie eher für negative Servituten, als für solche zu halten seyn, welche in faciendo bestehen, weil sie blos in einem iure prohibendi bestehen [26]). Allein der Unterschied zwischen diesen und den Prädial-Servituten leuchtet zu sehr in die Augen, als daß man sie auf irgend eine Art zu den letztern rechnen könnte. Denn so beruhen

1) die Prädial-Servituten eigentlich auf einem paßlich-nachbarschaftlichen Verhältnisse zweyer Grundstücke. Es kann hier folglich nur von solchen Vortheilen die Rede seyn, die aus der Lage und Beschaffenheit der Grundstücke an sich herfließen, wie der Grundsatz: praedium praedio servit, andeutet. Zwangs- und Bann-Gerechtigkeiten hingegen beruhen auf gewissen Kunst- oder industriemäßigen Anstalten, deren Unternehmung die Veranlassung gegeben haben mag, daß Individuen oder ganze Gemeinheiten oder Districte, in Absicht auf sonst willkührliche Handlungen, an diese Kunst- oder industriemäßigen Anstalten gebunden oder gezwungen sind. Insonderheit aber unterscheiden sich

2) Zwangs- und Banngerechtigkeiten von Prädial-Servituten darin, daß sie auch nicht die geringste Einschrän-

25) Von diesen und mehreren andern Arten der Zwangs- und Bannrechte handelt vorzüglich Hagemann a. a. O. §. 156.

26) Dieser Meinung sind insonderheit *Iul. Frid.* MALBLANC in Princip. iuris Rom. P. II. §. 419. und B. W. Peiffer in den vermischten Aufsätzen über Gegenstände des teutschen und römischen Privatrechts S. 223. ff.

schränkung der Grund-Eigenthumsrechte, sondern bloß eine Einschränkung gewisser actuum merae facultatis enthalten. Der Zwangspflichtige ist blos verbunden, gewisse an sich willkührliche Handlungen, wenn er sie vornehmen will, oder die Anschaffung und Zubereitung gewisser Bedürfnisse, in sofern er sie nicht selbst zubereiten will, kann oder darf, bey einem zu diesen Geschäften und Verrichtungen local-ausschließlich Berechtigten vornehmen zu müssen.

3) Sind bey den Zwangsgerechtigkeiten die Pflichtigen nicht wegen ihrer Grundstücke, sondern blos als Einwohner eines Orts oder eines Districts dem Banne unterworfen. Daher müssen auch diejenigen die Zwangsgerechtigkeit anerkennen, die gar kein Grundeigenthum besitzen, sofern sie deshalb nicht eine besondere Exemtion für sich haben. Gesetzt aber auch, man wollte das Grundstück eines Zwangspflichtigen als das praedium serviens betrachten, so wäre es doch immer noch unbegreiflich, wie der dem praedio dominanti erwachsende Vortheil aus dem praedio serviente an sich fließen, und mit demselben in Beziehung stehen soll? Am deutlichsten ergiebt sich endlich

4) der Unterschied zwischen Bann-Gerechtigkeiten und Real-Servituten noch daraus. Bey Prädial-Servituten ist immer der daraus entstehende Vortheil lediglich auf Seiten des domini praedii dominantis, und äußert sich darin, daß der dominus praedii servientis etwas leiden muß, oder nicht thun darf. Allein bey Zwangsgerechtigkeiten tritt ein ganz anderes Verhältniß ein. Hier muß der Zwangsberechtigte gleichfalls etwas gegenseitig leisten oder geben, und kann er seinen Obliegenheiten kein Genüge leisten, so ist der Pflichtige, wenigstens für diesmal

mal, vom Zwange befreyt. Bey Zwangsgerechtigkeiten finden also gegenseitige Leistungen statt, und sie beruhen daher nicht sowohl auf Unterlassung des Belästigten, als vielmehr auf positiven Handlungen desselben, die ihn in gewissen actibus merae facultatis blos persönlich, nicht aber in seinen Grund-Eigenthumsrechten und Befugnissen einschränken. Dies alles führt uns nun zu dem reinen Resultate, daß beyde Rechtsinstitute auf einer so wesentlich verschiedenen Basis, und auf so entgegen gesetzten Grundsätzen beruhen, daß eine Vermischung derselben nicht nur die größten Widersprüche in der Theorie, sondern auch offenbar schwankende, willkührliche und irrige Schlüsse in der Praxis zur unvermeidlichen Folge haben muß.

§. 660.

Unterschied zwischen affirmativen und negativen Prädial-Servituten. Entstehungsarten derselben.

Prädial-Servituten bestehen also entweder in einem Leiden, oder in einem Nichtthun dürfen des Eigenthümers. Daher werden sie in affirmative und negative eingetheilt. Beyde unterscheiden sich

1) in Rücksicht der Constitution, und zwar

a) durch Vertrag darin, daß bey den affirmativen Servituten zur Erwerbung des dinglichen Rechts noch ein die Stelle der Uebergabe vertretender Act erforderlich ist, bey negativen aber nicht. Hier ist der bloße Vertrag hinreichend, wie ich schon an einem andern Orte [27]) ausführlicher gezeigt habe.

b) Durch

27) S. den 9. Th. §. 626. S. 65. f.

b) Durch Verjährung. Diese nimmt bey affirmativen Servituten mit dem Augenblick ihren Anfang, da man sie zum ersten Male ohne Widerspruch, als ein Recht, ausgeübt hat; bey negativen Dienstbarkeiten hingegen fängt sie von dem Moment zu laufen an, da man dem Eigenthümer eine Handlung verbot, welche er auf seinem Grundstück vornehmen wollte, und vermöge der natürlichen Freyheit auch unternehmen konnte, und dieser dabey acquiescirte. Hiervon ist ebenfalls schon an einem andern Orte[28]) gehandelt worden. Ich bemerke hier nur noch, daß eine dingliche Servitut überhaupt eben so, wie eine persönliche, folglich auch sowohl durch richterliche Auctorität, als durch letztwillige Verfügung constituirt werden kann[29]). Zuweilen macht jedoch schon die natürliche Lage beyder Grundstücke, daß, ohne die besondere Constitution einer Servitut, eins dem andern dienstbar seyn muß. Z. B. wenn das eine Grundstück höher liegt, so muß der Besitzer des niedriger liegenden Grundstücks den Abfluß des Wassers von dem obern leiden, und die Unbequemlichkeit, die er allenfalls davon hat, muß er gegen den Vortheil, der ihm durch dieses Wasser zuwächst, in Anrechnung bringen, ohne deshalb eine weitere Vergütung zu verlangen[30]). Es hat auch

28) Im 9. Th. §. 679. S. 130. ff.

29) *L. 5. pr. D. h. t.* Via, iter, actus, ductus aquae iisdem fere modis constituitur, quibus et usumfructum constitui diximus. Nun verbinde man damit *L. 6. §. 1. D. de Usufr.* Ferner *L. 10. D. h. t.* und *L. 26. et 28. D. de servitut. praedior. rusticor.* S. Münter von Servituten §. 3.

30) *L. 1. §. 23. D. de aqua et aquae pluv. arcendae act.* Si lex non sit agro dicta, agri naturam esse servandam; sagt Ulpian, et

auch keinen Zweifel, daß eine Real-Servitut durch das Gesetz selbst unmittelbar begründet werden könne, und zwar entweder zum Nutzen des Staats, oder zum Nutzen eines Privat-Eigenthümers, wovon Beyspiele schon an einem andern Orte [31]) vorgekommen sind.

Der Unterschied zwischen affirmativen und negativen Prädial-Servituten kommt nun aber auch noch

2) in Rücksicht des Verlusts derselben in vorzügliche Betrachtung, wie ich Tit. 6. zeigen werde.

§. 661.

Qualificirte und nicht qualificirte Dienstbarkeiten. Wem liegt bey den erstern die Last der Reparatur ob?

Dingliche Servituten erfordern ferner entweder zu ihrer Ausübung ein von Menschen-Händen verfertigtes Werk, oder es ist ein solches Werk nicht nöthig. In jenem Falle werden sie qualificirte, in diesem hingegen nicht qualificirte genennt. Zu den Servituten der ersten Art gehören z. B. die servitus oneris ferendi, (§. 667.) servitus

et semper inferiorem superiori servire; at hoc incommodum naturaliter pati inferiorem agrum a superiore, compensareque debere cum alio commodo. Sicut enim omnis pinguitudo terrae ad eum decurrit, ita etiam aquae incommodum ad eum defluere. S. die gemeinnützigen juristl. Beobachtungen und Rechtsfälle von Gmelin und Elsässer 2. B. Nr. 3. S. 24. ff. Im *Code Napoleon* Art. 640—648. kommen hierüber mehrere wichtige Bestimmungen vor, womit die Pandectes Françaises par DELAPORTE et RIFFÉ-CAUBRAI Tom. V. pag. 365. seqq. zu vergleichen sind.

31) S. den 9. Th. §. 628. S. 105. Man vergleiche auch *Code Napoleon* Art. 649—652.

vitus tigni immittendi, (ibid.) servitus aquaeductus (§. 682.) u. a. m. Zu den Servituten der andern Art gehören hingegen die servitus actus, viae, pascendi u. s. w.

Bey jenen entsteht die Rechtsfrage, wer zur Ausbesserung des Werks verpflichtet sey, welches zur Ausübung der Servitut erfordert wird? Hier ist nun

1) soviel außer Zweifel, daß wenn dieser Gegenstand dem Eigenthümer des herrschenden Gutes zugehört, diesem auch die Reparatur desselben allein zur Last falle, und er kann nur allenfalls von dem domino praedii servientis verlangen, daß er ihn daran nicht hindere [32]). Gehört hingegen

2) dieser Gegenstand dem Eigenthümer des dienstbaren Gutes zu, so hat zwar zur Ausbesserung desselben unstreitig sowohl der zur Servitut Berechtigte [33]), als der Eigenthümer des dienenden Gutes ein Recht [34]). Allein die Frage ist desto streitiger, wer von beyden zur Reparatur verbunden sey? Die Rechtsgelehrten sind hierüber sehr verschiedener Meinung. Einige [35]) bürden diese Last

32) *L. 1. D. de rivis. L. 11. §. 1. D. Commun. praedior.*

33) *L. 4. §. 5. D. Si servit. vindicet.*

34) *L. 8. D. de Servitut. praed. urb. L. 11. pr. D. Commun. praedior.* S. G. HUFELAND Pandectencompendium §. 294. S. 115.

35) *Lud.* MENCKEN Colleg. polem. iuris civ. Disp. III. nr. 10. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. XI. *Io. Tob.* RICHTER Diss. de domino serviente ad praedii servientis refectionem obligato. *Lipsiae 1753.* Phil. Jac. Heisler Untersuchung der

Last schlechterdings dem Eigenthümer des dienstbaren Gutes auf. Sie sehen die Reparatur als ein consequens servitutis, als das Mittel zum Zweck an, ohne welches die Servitut nicht bestehen könne. Andere [36]) hingegen halten den Eigenthümer des herrschenden Gutes zur Refection verpflichtet, und machen blos bey der servitus oneris ferendi eine Ausnahme. Bey dieser sey es immer stillschweigende Bedingung der Constitution, daß der Eigenthümer des dienenden Guts die Mauer in baulichem Wesen erhalte. Noch andere [37]) sagen, es sey keiner dem Andern zur Reparatur verbunden, keiner könne den Andern dazu nöthigen, sondern der müsse die Ausbesserung übernehmen, dem daran gelegen sey. Westphal [38]) weicht von allen ab. Er meint, die Kosten müßten beyde Eigengenthümer tragen, sie müßten daher nach richterlicher Billigkeit

der Rechtsfrage: Ob in den Servituten der Herr des dienstbaren Gutes zu repariren schuldig sey? (in desselben juriſt. Abhandlungen und Erörterungen 1. Samml. Nr. I.) Er hat jedoch in einer nochmal. Erörterung jener Rechtsfrage, (Nr. II. der angef. Sammlung) seine Meinung wieder geändert.

36) *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. III. Cap. 17. pag. 159. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandectar. Lib. VIII. Tit. 1. §. 20. et Tit. 2. §. 2. WESTENBERG Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. Lib. VIII. Tit. 2. §. 6. sqq. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1087. Zachariä wissenschaftliche Entwickelung der Lehre des R. R. von dinglichen Servituten. §. 10. Münter von den Servituten. §. 19.

37) Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 357. Weber in den Anmerkungen zu Höpfner Not. 5. Eben dieser Meinung ist auch Hellfeld §. 667.

38) De libert. et servitut. praedior. §. 580. verglichen mit §. 574.

ligkeit ausgeglichen und unter beyde vertheilt werden, wofern nicht etwa einer von beyden sein Recht aufgeben wollte, oder durch Vertrag ein Anderes bestimmt sey. Bey der servitus oneris ferendi liege jedoch dieser Vertrag allemal zum Grunde. Daher falle hier immer die Verbindlichkeit der Refection dem Herrn des dienenden Gutes zur Last. Die richtigste Meinung ist wohl diejenige, daß der Eigenthümer des herrschenden Gutes in allen Fällen die Ausbesserung übernehmen müsse [39]). Selbst der Vertrag, daß der Eigenthümer des dienenden Guts repariren solle, kann nach der Regel des Römischen Rechts den successor singularis nicht verpflichten [40]). Nur bey der servitus oneris ferendi findet das Sonderbare Statt, daß jeder Herr des dienenden Gutes, wenn es bey der Constitution der Servitut bedungen worden ist, die Last tragende Mauer in baulichem Stand erhalten muß. Diese Meinung hat die klare

39) Struben rechtl. Bedenken 4. Th. Bed. 158. HEINECCIUS Elem. iuris civ. Lib. II. Tit. 3. §. 353. et §. 357. EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. XI. not. c. Tom. II. pag. 43. und THIBAUT Syst. des Pand. R. 2. B. §. 604. u. §. 607. lit. A.

40) *L. 3. pr. D. de obligat. et act.* sagt: Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat; sed *ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.* Aus einem Vertrage entspringt also nur eine persönliche Klage gegen den Verpflichteten, keine Realklage gegen jeden dritten Besitzer, wenn gleich das Pactum in Rücksicht eines gewissen Grundstücks wäre eingegangen worden. *L. 81. §. 1. D. de contrah. emt. L. 136. §. 1. D. de verbor. oblig.* S. KIND Quaestion. forens. Tom. III. cap. 41.

klare *L.* 6. §. 2. *D. Si servitus vindicetur* für sich, wo **Ulpian** sagt: Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio competit: *ut et onera ferat, et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute impositus comprehensus est.* Et *Gallus* putat, non posse ita servitutem imponi, *ut quis facere aliquid cogeretur*: sed, *ne me facere prohiberet.* Nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit: non ad eum, cuius res servit. Sed evaluit *Servii* sententia *in proposita specie*, ut possit quis defendere, *ius sibi esse, cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo* autem hanc servitutem non hominem debere, sed rem: denique licere domino rem derelinquere, scribit. Es wird hier die Frage entschieden, ob die servitus oneris ferendi auf eine solche Art constituirt werden könne, daß jeder Besitzer des dienenden Gutes schuldig seyn solle, die lasttragende Mauer auf seine Kosten repariren zu lassen, so daß deshalb die confessorische Klage begründet sey? Nach **Ulpians** Relation waren die alten Römischen Rechtsgelehrten darüber nicht einerley Meinung. **Aquilius Gallus** läugnete, daß die Servitut auf eine solche Art dem dienenden Gute aufgelegt werden könne, weil sie alsdann in faciendo bestehen würde. Man könnte zwar sagen, diese Servitut bestehe doch nur eigentlich darin, ut paries alterius onus aedium mearum sustineat, und nicht darin, ut alter parietem reficiat. Das Letztere sey nur eine Bedingung der Möglichkeit des Erstern. Allein es thut nichts zur Sache, ob die Servitut mittelbar oder unmittelbar in faciendo besteht. **Servius Sulpicius** war indessen der entgegen gesetzten Meinung, und dieser Meinung gab man

in den Gerichten den Vorzug. Aber doch nur in dem vorliegenden Falle, das ist, nur bey der servitute oneris ferendi, nicht bey andern qualificirten Real-Servituten [41]). Nicht einmal bey der servitute tigni immittendi, welche doch mit der servitute oneris ferendi soviel Aehnlichkeit hat. Es ergiebt sich dieses noch vorzüglich aus einer andern Stelle eben dieses Ulpians, welche mit jener *L.* 6. in genauem Zusammenhange gestanden zu haben scheint, nämlich *L.* 8. *pr. et* §. 1. *et* 2. *D. eod.* Beyde sind aus Ulpians *libro* 17. *ad Edictum* genommen. In der letzten Stelle heißt es: Sicut autem *refectio parietis ad vicinum pertinet*, ita fultura aedificiorum vicini, cui servitus debetur, quamdiu paries reficietur, ad inferiorem vicinum non debet pertinere. Nam si non vult superior fulcire, deponat: et restituet, cum paries fuerit restitutus. Et hic quoque, sicut in caeteris servitutibus, actio contraria dabitur: hoc est, *ius tibi non esse me cogere.*

Competit mihi actio adversus eum, qui cessit mihi (talem) servitutem, *ut in parietem eius tigna immittere mihi liceat.* —

§. 2. Distant autem hae actiones inter se: quod superior quidem locum habet *etiam ad compellendum vicinum reficere parietem meum;* haec vero locum habet *ad hoc solum, ut tigna suscipiat: quod non est contra genera servitutum.*

Wie

41) S. *Ger.* NOODT de pactis. Cap. 19. (*Operum* T. I. pag. 539.) und EMMINGHAUS c. l. pag. 43. not. c.

Wie man sich diese Sonderbarkeit bey der servitute oneris ferendi erklären solle, ist kein leichtes Problem. Herr Prof. Zachariä [42]) erklärt sich die Sache so: Durch die servitus oneris ferendi wird die Mauer des Andern zu einem Theile meines eigenen Hauses. Soll mein Haus fortdauern, so muß auch diese Mauer in baulichem Wesen erhalten werden. Kann ich, vermöge dieser Servitut, die Mauer meines Nachbaren als einen Theil meines Eigenthums betrachten, so kann ich sie auch, wenn sie baufällig ist, wieder herstellen. Mithin ist die Verbindlichkeit des Nachbarn, diese Mauer zu erhalten, keine Verbindlichkeit, die er mir, sondern die er sich selbst schuldig ist, um das Eigenthum daran, ungeachtet jener Servitut, ferner zu behaupten. Unter dieser Voraussetzung lasse sich nun nicht nur der vom Labeo angeführte Grund: hanc servitutem non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere, vollkommen erklären; sondern jetzt werde man auch den Ulpian verstehen, wenn er in der angeführten *L.* 8. §. 2. *D. Si serv. vind* sage: locum habet haec actio ad compellendum vicinum, reficere parietem *meum*; warum er hingegen auf die servitus tigni immittendi dieses nicht ausgedehnt wissen wolle. Ich verkenne den Scharfsinn nicht, wodurch sich diese Erklärung vor andern auszeichnet, allein sie scheint mir dennoch zu vielen Zweifeln unterworfen zu seyn, um ihr Beyfall geben zu können. Die Ansicht, daß durch die S. oneris ferendi die Mauer des Andern zu einem Theile meines eigenen Hauses werde, bestätiget sich durch die angeführte Stelle nicht. Denn der Ausdruck *paries meus*, den die *L.* 8.

42) In Hugo civil. Magazin 2. Band S. 339.

gebraucht, soll, wie auch Westphal[43]) schon bemerkt hat, offenbar nichts anders heißen, als paries, *qui mihi servit.* So versteht ihn schon die Glosse[44]), und man kann ihn auch nicht anders verstehen, wenn man nicht mit *L. 4. pr. D. eodem*, und mit dem Satz in Widerspruch gerathen will, res propria non servit. Und wie könnte denn wohl unter der Voraussetzung, die Verbindlichkeit des Andern, die dienende Mauer zu erhalten, sey keine Verbindlichkeit, die er mir, sondern die er sich selbst schuldig sey, um das Eigenthum daran ferner zu behaupten, eine Klage gegen denselben Statt haben ad compellendum vicinum reficere parietem servientem ad onera mea sustinenda? Einen andern Grund giebt Herr Justizrath Emminghaus[45]) an, nämlich man sey bey der servitus oneris ferendi darum von der Regel des gemeinen Rechts abgewichen, quia reipublicae interest, ne urbs ruinis deformetur. Allein dieser Grund dürfte wohl auch bey der servitus tigni immittendi eintreten, bey welcher doch der dominans den Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks zu keiner Refection nöthigen kann. Noch anders erklärt sich darüber Heinrich Georg Wittich[46]). Der Grund, sagt er, warum bey der servitus oneris ferendi der Eigenthümer des dienenden Hauses die Reparationskosten übernehmen muß, liegt in der eigenthümlichen Beschaffenheit der Servitut, nach welcher das

43) De libert. et servitutib. praedior. §. 575. not. 510.

44) Accursius macht ad L. 8. §. 2. D. Si servit. vindic. bey dem Wort *Meum* die Bemerkung: id est, mihi servientem, et ita aliquid dicitur *meum.*

45) Ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. XI. not. c. in fin.

46) Einfaches System des heutigen Civilrechts. 2. Bd. §. 203.

das berechtigte Haus keine Aenderung in dem andern Hause vornimmt, nicht z. B. ein Loch in der Wand anbringt, und so Veranlassung zu Reparationen ist, sondern sich des Hauses blos als Unterlage bedient, wodurch, wenn die Bauart solide ist, keine Reparationen nothwendig werden. Allein nach dieser Erklärung würde es keiner besondern Uebereinkunft bedürfen, um den Eigenthümer des dienstbaren Gebäudes zur Reparatur zu verpflichten, welche doch in den von der servitus oneris ferendi sprechenden Gesetzen überall als Bedingung vorausgesetzt wird. Es bleibt also immer die Frage unbeantwortet, warum gerade bey dieser Servitut das pactum de reficiendo jeden dritten Besitzer verpflichte? Es ist wohl der Mühe werth, auch einen der ältern Interpreten hierüber zu vergleichen. Am ausführlichsten hat sich hierüber **Franz Connanus**[47]) erklärt. *Quae autem sit in hac servitute* (sc. oneris ferendi) *ratio, si quaeratur*, sagt dieser würdige Civilist, *non alia assignari potest, quam quod verba obligationis ita concepta sunt, ut reficere debeat is, cuius res servit. Quum enim pariete tuo onus meum sustinere debeas, paries autem nequeat esse perpetuus, nisi reparetur, tacite videris obligatus ad eum reficiendum, et ita tuendum, ut oneri ferendo par esse possit. Itaque ex natura servitutis nihil aliud, quam patientiam praestare tenetur: sed quia murus aeternus esse non potest, rei imbecillitas facit, ut cogatur reficere, ut sit portando oneri idoneus. — Aliud dicendum in servitute tigni immittendi, cuius imponendae verba non hoc significant, ut is, qui eam debet, aliquid faciat. Sic enim concipitur, ut in parietem tuum liceat mihi tignum immittere. Satis est, te permittere,*

47) Commentarior. iuris civ. L. IV. Cap. 7. pag. 251. sq.

ut immittam: et si caducus sit paries, ego meo periculo immittam, aut, si velim refici parietem, solutus es obligatione servitutis, si me patiaris reparare.

Connanus ist allerdings der Wahrheit am nächsten gekommen. Es wird sich dieses noch aus einer Stelle des Paulus näher ergeben, welcher *L.* 33. *D. de servitut. praedior. urbanor.* sagt: Eum debere columnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebat, *cuius essent aedes, quae servirent*, non eum, qui imponere vellet. Nam cum in *lege aedium* ita scriptum esset: PARIES ONERI FERUNDO, UTI NUNC EST, ITA SIT, satis aperte significari, *in perpetuum parietem esse debere.* Non enim hoc his verbis dici, ut in perpetuum idem paries aeternus esset, quod ne fieri quidem posset, sed *uti eiusdem modi paries in perpetuum esset, qui onus sustineret.* Quemadmodum si quis alicui caviſſet, ut servitutem [48]) praeberet, quae [49]) onus suum [50]) sustineret: si ea res, quae servit, et tuum onus ferret, periſſet, alia in locum eius dari debeat. Der wahre Grund lag also in der besondern Art, wie die servitus oneris ferendi constituirt wurde. Denn die Formel: *paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit*, erklärte man natürlich so, daß bey dieser Servi-

48) *Ant.* FABER in Rational. ad L. 33. will statt servitutem lieber *servientem* sc. parietem lesen. Allein ohne Noth. S. WESTPHAL §. 574. not. a. pag. 365.

49) So lieset die Haloandrina sowohl als die Vulgata richtiger statt *qui*, wie Brenkmann in der Gebauerschen Ausgabe bey dieser Stelle bemerkt hat.

50) Statt *onus suum* will Westphal a. a. O. lieber onus tuum lesen; allein die gemeine Lesart läßt sich sehr gut erklären.

Servitut der Eigenthümer die lasttragende Wand in baulichem Stande erhalten müsse, und sahe daher diese Verbindlichkeit gegen die Natur der Servituten, welche sonst kein Recht geben, von dem Eigenthümer des dienenden Gutes zum Nutzen des herrschenden eine positive Handlung zu fordern, als einen Theil der Servitut an. Mit Recht sagt daher Ulrich Huber [51]): *Paulus* in *L.* 33. *D. de serv. praed. urb.* ideo servientem ad reficiendum teneri scribit, quia in *lege aedium*, id est, in pactione de servitute scriptum erat ita: *Paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit*, quibus verbis satis aperte significatum erat, parietem in perpetuum esse debere in eo statu, ut onus impositum sustinere posset, idque eum, qui id in se receperat, ita promisse videri. Dem Einwurf, welchen Aquilius Gallus dagegen machte, *non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur*, suchte Labeo, wie Ulpian *L.* 6 §. 2. *D. Si serv. vind.* ebenfalls bemerkt, dadurch zu begegnen, daß, dieser Verbindlichkeit ungeachtet, dennoch auch bey der servitus oneris ferendi nicht die Person des Besitzers, sondern das Grundstück selbst der Gegenstand der Dienstbarkeit sey. Daher könne sich der serviens von dieser Verbindlichkeit dadurch losmachen, wenn er die Sache derelinquirt. Denn die Verbindlichkeit zur Refection trifft ihn nur als Besitzer, und muß also aufhören, sobald sein Besitz aufhört [52]). Es ist auch, wie noch in der *L.* 8. *pr. D. eodem* hinzugefügt wird, der Eigen-

51) Praelect. iuris civ. ad Pandect. h. t. §. 2.

52) S. *Ev.* OTTO de vita, studiis, scriptis et honorib. Servii Sulpicii. Cap. VI. §. 2. in fin. (in *Thes. iur Rom.* Tom. V. pag. 1588.) und WESTPHAL §. 574. not. b.

thümer des dienenden Grundstücks nicht schuldig, das herrschende Gebäude während der Reparation mit Stützen zu versehen. Aus dem Allen ergiebt sich nun als unläugbare Wahrheit,

1) daß in der Regel nicht dem Herrn des dienenden, sondern dem Eigenthümer des herrschenden Grundstücks die Reparatur des zur Ausübung der Dienstbarkeit nöthigen Werks zur Last falle. Die Worte der L. 6. §. 2. *D. Si servit. vindic.* In omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem asserit, non ad eum, cuius res servit, setzen diese Regel außer allen Zweifel[53]). Wenn man dagegen einwenden will, daß diese Worte blos auf die Meinung des Gallus bezogen werden müßten, welche hier nur, als die Meinung eines dissentirenden Rechtsgelehrten, vom Ulpian angeführt werde, und daß sie folglich, als ein bloßer Zweifelsgrund, keine gesetzliche Kraft hätten[54]); so ist dieses eine leere Ausflucht. Der Zusammenhang lehrt vielmehr, wie auch Ulrich Huber[55]) ganz richtig bemerkt hat, daß Ulpian jene Worte hinzugefügt habe, um die Regel festzusetzen, von welcher die Praxis, nach der Meinung des Servius Sulpicius, bey der servitus oneris ferendi eine Ausnahme gemacht hat. Diese Erklärung wird auch durch die Basiliken[56]) bestärkt, in welchen die *L. 6. §. 2. cit.* im Wesentlichen auf folgende

53) Man vergleiche noch insonderheit *L. 1. §. ult. D. de aqua et aquae pluviae arc.* und darüber WESTPHAL §. 41. not. e. pag. 46.

54) S. RICHTERI Dissertat. cit. §. 6. in fin.

55) Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. pag. 361.

56) Tom. VI. Lib. LVIII. Tit. 5. Fr. 6. pag. 771.

de Art ausgedruckt ist: Επὶ πασῶν τῶν δουλειῶν οὐ τῷ δουλεύοντι, ἀλλὰ τῷ δουλευομένῳ ἡ Φιλοκαλία ἐπίκειται: πλὴν τῆς περὶ τὸ φέρειν τὰ βάρη τὸ γείτονος. i. e. nach der lateinischen Version des Fabrotus: *In omnibus servitutibus refectio non ei, cuius res servit, sed, qui sibi servitutem adserit, incumbit: excepta servitute sustinendi onera vicini.* Der stärkste Beweis für jene Regel liegt jedoch unstreitig in der beygefügten Exception. Wie hätte denn wohl unter den Römischen Rechtsgelehrten ein Streit darüber entstehen können, ob bey Errichtung der servitus oneris ferendi durch Vertrag festgesetzt werden könne, daß der Eigenthümer des dienstbaren Gutes die Reparatur der Mauer übernehmen solle; wenn es schon an sich Regel wäre, daß der Serviens den zur Ausübung der Servitut erforderlichen Gegenstand auszubessern verpflichtet sey? Aus den angeführten Gesetzstellen erhellet ferner,

2) daß es auch bey der servitus oneris ferendi bey der Regel bleiben würde, nach welcher dem domino praedii dominantis die Refection zur Last fällt, wenn es nicht bey Errichtung der Dienstbarkeit bedungen worden, daß der Herr des dienenden Grundstücks die lastragende Mauer auszubessern schuldig seyn solle. Nicht nur die Worte in der *L.* 6. §. 2. *D. Si servit. vind.* aedificia reficiat *ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est*; wenn man besonders §. 5. damit verbindet, wo es heißt: Modus autem refectionis in hac actione *ad eum modum* pertinet, *qui in servitute imposita continetur*: forte, ut reficiat *lapide quadrato*, vel *lapide structuli*, vel *quovis alio opere*, *quod in servitute dictum est*; sondern auch vorzüglich die *L.* 33. *D. de servitut. praedior. urbanor.* wo aus-

ausdrücklich gesagt wird: cum *in lege aedium* ita scriptum esset: Paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit, etc. deuten unwidersprechlich auf einen Vertrag hin. Es läßt sich also hier eine Anomalie nur in sofern annehmen, als jeder Besitzer des dienenden Gutes [57]) vermöge dieses Vertrags die Mauer auf seine Kosten ausbessern lassen muß; keinesweges aber läßt sich behaupten, daß die servitus oneris ferendi, wie viele [58]) glauben, eine solche servitus annomala sey, daß der serviens auch ohne Vertrag zur Refection gehalten sey [59]). Als etwas Besonderes

57) Hat jedoch ein Anderer den Nießbrauch an dem dienstbaren Hause, so kann die Refection nicht von dem Usufructuar, sondern bloß von dem Proprietar verlangt werden. So ist *L. 1. §. 1. D. de servit. praedior. urb.* zu verstehen, in welcher es heißt: Si ususfructus tuus sit, aedium proprietas mea, quae onera vicini sustinere debeant, mecum in solidum agi potest, tecum nullo modo, wie *Ian. a* COSTA in Praelectionib. ad illustr. quosd. Titulos iuris civ. pag. 65. und *Iac.* CUJACIUS in Commentar. ad libros *Pauli* ad Edictum in Lib. XXI. eiusq. L. I. §. 1. cit. (*Operum postumor.* Tom. II. pag. 329. *Paris 1658.* f.) gezeigt haben.

58) *Arm.* VINNIUS in Comm. ad §. 1. I. de Servitut. nr. 3. *Conr.* RITTERSHUSIUS Commentar. ad §. eund. Institut. pag. 189. *Claud.* CANTIUNCULA in Paraphras. in tres priores Institution. civil. libros Lib. II. Tit. 3. pag. 242. *Herm.* VULTEJUS in Comment. in Institut. ad §. 1. de Servitutib. pag. 183. *de* BERGER in Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 10. not. 1. u. a. m.

59) S. *Ev.* OTTONIS Commentar. ad §. 1. I. de Servitutib. nr. 2. *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Annotat. in *Vinnii* Commentar. in Institut. §. 1. Tit. de Servitut. Num. 3. *Io. Frid.* WAHL Meletemat. de Servitutibus. *Goettingae 1748.* Melet. V. nr. 2. und HAUBOLD ad *Bergeri* Oecon. iuris c. l. not. l. pag. 333.

res pflegt jedoch bey dieser Servitut noch bemerkt zu werden, daß, wenn das dienstbare Haus mehreren Eigenthümern zugehört, wegen der Refection nicht gegen jeden in solidum geklagt werden könne, sondern alle zugleich belangt werden müssen, und daher ein jeder nur pro sua rata verpflichtet sey [60]).

§. 662.

Manigfaltigkeit des Vortheils bey Prädial-Servituten, und dazu erforderliche Nachbarschaft der beyden Grundstücke.

Bey Real-Servituten dient oder nützt ein Grundstück dem andern. Dieser Nutzen, den das herrschende Gut aus dem dienenden zieht, ist nun auf verschiedene Art denkbar. Er kann entweder in einer Bequemlichkeit des Zugangs oder der Ausfuhr bestehen, wie bey der servitus itineris, actus, und viae; oder in einer besondern Annehmlichkeit, welche dadurch dem herrschenden Gute verschafft wird, wie bey der servitus prospectus et ne prospectui

60) *L. 6. §. 4. D. Si servit. vindic.* Si aedes plurium dominorum sint, an in solidum agatur, *Papinianus* libro tertio Quaestionum tractat. Et ait, singulos dominos in solidum agere, sicuti de caeteris servitutibus, excepto usufructu, sed non idem respondendum inquit, *si communes aedes essent, quae onera vicini sustinerent.* S. *Franc.* BROEUS in Expositionib. in Iustiniani Institut. Lib. II. Tit. 3. §. 13. *Ge.* FRANTZKIUS in Commentar. in XXI. libros Pandectar. Lib. VIII. Tit. 2. nr. 8. und WESTPHAL §. 980. *Ant.* FABER in Rational. ad L. cit. Tom. II. P. II. pag. 249. setzt den Grund darin, weil ein Miteigenthümer ohne Wissen und Einwilligung des andern keinen Bau auf der gemeinschaftlichen Sache unternehmen könne. *L. 12. et 28. D. Communi divid.*

ſpectui officiatur; oder in einer Vermehrung des reinen Ertrags, wie bey der ſervitus paſcendi, ſervitus aquae ductus, aquae hauſtus; oder in Erhaltung gewiſſer natürlicher Vortheile, welche dem herrſchenden Gute ſonſt durch nachtheilige Eigenthumshandlungen des Nachbarn entzogen werden könnten, wie bey der ſervitus altius non tollendi, und ne luminibus officiatur; oder in einer Erweiterung des herſchenden Gebäudes, wie bey der ſervitus oneris ferendi, tigni immittendi, proiiciendi und protegendi; oder in einer Wiederherſtellung der vorher beſchränkt geweſenen natürlichen Freyheit des Eigenthums, wie bey der ſervitus altius tollendi, und ſtillicidii aut fluminis non recipiendi; oder in einer Exoneration des herrſchenden Grundſtücks, wie bey der ſervitus fumi, ſtillicidii vel fluminis recipiendi, und cloacae; oder in irgend einem andern möglichen Vortheil. Ueberhaupt kann Privatwillkühr und Uebereinkunft der Intereſſenten den Gegenſtand und Nutzen dinglicher Dienſtrechte auf ſo mancherley Art feſtſetzen, als ſie will, und hiervon hängt vorzüglich das beſondere Recht der einzelnen Dienſtbarkeiten ab [61]).

Auf jeden Fall wird jedoch erfordert, daß beyde Grundſtücke, das herrſchende und das dienende, vermöge ihrer natürlichen Lage, in einer ſolchen Beziehung ſeyn müſſen, daß das dienende Gut den beabſichtigten Vortheil auch wirklich gewähren kann. Es darf alſo zwiſchen beyden Grundſtücken nichts liegen, wodurch die Gewährung jenes Vortheils und die Ausübung der Servitut verhindert und unmöglich gemacht würde. Daher der Grundſatz des Römiſchen

61) S. HUFELANDS Pandectencompendium §. 288.

schen Rechts: *Vicina debent esse praedia, quorum alterum alteri servitutem debet*[62]). Viele[63]) wollen hier einen Unterschied machen zwischen servitutes urbanae und rusticae. Sie behaupten, daß zwar letztere durchaus zwey benachbarte Grundstücke erforderten, und ein mitten inne liegendes drittes der Einräumung und Ausübung derselben schlechterdings entgegen sey, wofern nicht der Eigenthümer des in der Mitte liegenden Grundstücks einen Durchgang erlaubt, welcher die Ausübung der Servitut möglich macht; bey den erstern hingegen sey ein so genauer Zusammenhang der Grundstücke nicht nöthig. Eine solche Servitut könne existiren, wenn auch ein mitten inne liegendes praedium das herrschende und dienende von einander trennen sollte. Denn auch in der Entfernung lasse sich eine servitus urbana gedenken, z. B. die servitus altius non tollendi. Allein mit Recht hat schon der gelehrte Bachov (Echt[64]) dagegen erinnert, daß es nicht sowohl auf jenen Unterschied, als vielmehr theils auf die einzelnen Arten der servitutum urbanarum und rusticarum, theils darauf ankomme, ob der zwischen dem herrschenden und dienenden Grundstück liegende Platz ein locus publicus oder privatus sey. Denn so giebt es

1) ser-

62) *L. 5. §. 1. D. de servitut. praed. rusticor. L. 7. §. 1. D. eodem. L. 38. L. 39. D. de servitut. praedior. urbanor.* S. den 9. Th. §. 621. S. 17. f. und MOECKERT Diss. de vicinia et conspectu praediorum. *Rintelii 1776.*

63) *Herm.* VULTEJUS in Commentar. in Institut. iuris civ. ad princ. Tit. de Servitutib. nr. 12. et 13. und Münter von den Servituten. §. 69.

64) Not. et Animadversion. ad *Treutlerum* Vol. I. Disputat. XVII. Th. I. Lit. B. ad verb. *Praedii vicinitatem.* pag. 636.

1) servitutes urbanae, welche einen genauen Zusammenhang der Gebäude erfordern, um ausgeübt werden zu können, z. B. die servitus oneris ferendi, tigni immittendi, protegendi, projiciendi, fluminis et stillicidii recipiendi, et non recipiendi [65]). Nur die servitus altius non tollendi hat das Eigenthümliche, daß sie nicht gerade das nächstbenachbarte Haus zu ihrem Gegenstande erfordert, sondern daß auch ein entfernterer Nachbar sie ausüben kann, insofern nämlich die höhere Aufführung des dienenden Hauses ihm zum Nachtheil gereichen würde. Es läßt sich daher bey dieser Servitut der Fall als möglich denken, daß zwischen dem Hause, welches mit der Servitut, nicht höher bauen zu dürfen, belegt ist, und demjenigen, zu dessen Nutzen das Servitutrecht constituirt worden ist, ein drittes, niedriges, mit keiner Servitut beschwertes Gebäude liegt. Denn in einer engen Straße könnte mir leicht durch das Höherbauen des entfernten Nachbars Licht oder Aussicht benommen werden, wenn ich auch von meinem nächsten Nachbar deshalb nichts zu besorgen hätte. Allein es ist auch sehr natürlich, daß der Nutzen der Servitut nur so lange dauert, als der Inhaber des Mittelgebäudes sein Haus nicht erhöhet. Denn geschieht dies, welches ich nicht hindern kann, so habe ich auch kein Widerspruchsrecht, wenn der entferntere Nachbar, auf dessen Hause die servitus altius non tollendi haftet, nun sein Haus ebenfalls höher bauet. Sollte jedoch der nächste oder mittlere Nachbar sein Haus noch vor dem Ablauf des Zeitraums

65) *L. 1. princ. D. de Servitut. praedior. urb.* Die meisten Servitutes urbanae sind also von der Art, daß sie aneinanderstoßende Gebäude (praedia contigua) erfordern. S. WESTPHAL de libert. et servitut. praed. §. 581.

raums wieder abtragen und erniedrigen, in welchem Servituten durch Verjährung erlöschen, so wacht die Servitut gegen den entfernteren Nachbar wieder auf, und das Vindicationsrecht ist gegen ihn begründet. Folgende Gesetzstellen verdienen hier einen Platz.

L. 4. §. 8. *D. Si servit. vindicet.* Si cui omnino *altius tollere non liceat*, adversus eum recte agetur, ius ei non esse tollere. Haec servitus et ei, qui ulteriores aedes habet, deberi poterit.

L. 5. *D. eodem.* Et ideo, si inter meas et Titii aedes tuae aedes intercedant, possum Titii aedibus servitutem imponere, *ne liceat ei altius tollere*, licet tuis non imponatur: quia, donec tu non extollis, est utilitas servitutis.

L. 6. *pr. D. eodem.* Et si forte, qui medius est, quia servitutem non debebat, altius extulerit aedificia sua, ut iam ego non videar luminibus tuis obstaturus, si aedificavero, frustra intendes, *ius mihi non esse ita aedificatum habere invito te*: sed si intra tempus statutum rursus deposuerit aedificium suum vicinus, renascetur tibi vindicatio.

Es giebt nun hingegen

2) auch servitutes praediorum rusticorum, welche keinen Zusammenhang oder Angränzen der beyden dazu nöthigen Grundstücke erfordern, sondern Statt haben können, wenn sie gleich durch einen darzwischen liegenden Platz von einander getrennt sind. Dieser Platz kann nämlich entweder öffentliches, oder Privateigenthum seyn. Ein öffentlicher Platz, z. B. eine Heerstraße, oder ein öffentlicher Fluß,

Fluß, welcher beyde Grundstücke trennt, hindert die servitutes itineris, actus, viae, und aquae haustus nicht, wenn nur der Fluß mit einer Brücke versehen ist, oder eine Wasser-Furth hat, wo man durchwaten, reiten oder fahren kann. Bey der servitus aquae ductus ist es schon anders. Hier muß ich erst eine Erlaubniß vom Landesherrn auswirken, um das Wasser durch den öffentlichen Weg leiten zu dürfen. Folgende Stellen sind hier merkwürdig.

L. 14. §. 2. *D. de servitut.* Publico loco interveniente, vel via publica, *haustus servitus* imponi potest, *aquaeductus* non potest. *A Principe autem peti solet, ut per viam publicam aquam ducere sine incommodo publico liceat.*

L. 18. §. 1. *D. de aqua et aquae pluv. arc.* Sine permissu Principis aqua per viam publicam duci non potest [66]).

L. 1. *pr. D. de servitut. praedior. urban.* [67]) Si intercedat solum publicum, vel via publica: neque *itineris, actusve*, neque altius tollendi servitutes impedit, sed immittendi, protegendi, proiiciendi [68]), item fluminum et

66) Es gehörte, wie Papinian sagt *L.* 1. §. 2. *D. de via publica, et si quid in ea* zum Amt der Aedilen, oder derjenigen Policey-Beamten, welche man *curatores viarum*, oder nach VARRO *de L. L.* Lib. IV. c. 1. *Viocuri* nannte, dahin zu sehen, *ut nullus effodiat vias, neque subruat, neque construat in viis aliquid.* Sie konnten das unternommene Werk einreissen lassen, und Strafen erkennen.

67) In den glossirten oder gemeinen Ausgaben ist diese Stelle *L.* 21. *D. de servitut.*

68) So ist mit Haloander, Baudoza, und Hugo a Porta, statt *prohibendi*, zu lesen, wie die Florentine hat. Die

Ba-

et ſtillicidiorum ſervitutem impedit: quia coelum, quod ſupra id ſolum intercedit, liberum eſſe debet.

L. 17. §. 2. *D. de aqua et aquae pluv. arc. act.* Via publica intercedente, *hauſtus* ſervitutem conſtitui poſſe, placuit: et eſt verum. Sed non ſolum ſi via publica interveniat, ſed et ſi flumen publicum, eodem caſu, quo, interveniente flumine publico, *viae, itineris, actus ſervitus* imponi poteſt, id eſt, ſi non ſit impedimento tranſeunti magnitudo fluminis.

L. 38. *D. de ſervitut. praed. ruſticor.* Flumine interveniente, via conſtitui poteſt, ſi aut vado tranſiri poteſt, aut pontem habeat. Diverſum, ſi pontonibus trajiciatur [69]).

Iſt hingegen der zwiſchen dem herrſchenden und dienenden Grundſtück liegende freie fundus, Privateigenthum, ſo gehört entweder derſelbe dem zur Servitut berechtigten ſelbſt, oder dem Eigenthümer des dienenden Guts, oder einem

Baſilica Tom. VI. Lib. LVIII. Tit. 1. beſtärken jene Leſeart, welche ἢ ἐξώστην ποιεῖν haben. Nun ſind ἐξῶστα moeniana, quae ita producuntur, ut nusquam requiescant, ſed tantum occupent coelum alienum; was man Erker zu nennen pflegt. Unſer Cod. mspt. Erlang. lieſet ebenfalls *proiiciendi.*

69) Die Ausleger ſetzen den Grund dieſes Unterſchiedes darin, weil nicht immer Pontons zum Ueberſetzen bey der Hand ſind. Die cauſa ſervitutis ſey alſo hier nicht perpetua. S. *Franc.* DUARENUS in Commentar. ad L. 38. D. de ſervitut. praed. ruſticor. (*Operum* pag. 199.) *Em.* MERILLIUS in libro ſing. Differentiar. iuris Cap. 6. POTHIER Pandectae Iuſtin. Tom. I. Tit. de ſervitutib. Nr. X. not. k. pag. 255. und WESTPHAL §. 582. not. 515. pag. 370.

einem Dritten. Im ersten und andern Falle steht das mitten inne liegende Grundstück der Ausübung der Dienstbarkeit natürlich nicht im Wege [70]). Denn der Eigenthümer des dienenden Grundstücks muß alles gestatten, ohne welches das Dienstrecht nicht ausgeübt werden kann [71]). In dem letztern Falle hingegen hindert das praedium intermedium die Servitut [72]), wofern nicht etwa der Eigenthümer des in der Mitte liegenden Grundstücks den Durchgang, oder sonstigen Gebrauch desselben erlaubte, welcher die Ausübung der Servitut möglich macht [73]); oder aber diese Ausübung auch ohne den Gebrauch des in der Mitte liegenden Grundstücks möglich wäre [74]). Noch ist endlich

3) zu

70) *L. 7. §. 1. D. Commun. praedior. L. 17. §. 3. D. de aqua et aquae pluv. arc. act.*

71) *L. 3. §. 3. D. de servitut. praed. ruſtic. L. 10. D. de servitut. praed. urb.* S. *Car. Frid.* WALCH Diſſ. de aquae hauriendae ſervitute. *Ienae 1754.* §. 10.

72) *L. 7. §. 1. D. de servit. praed. ruſtic.*

73) *L. 17. §. 4. D. de aqua et aquae pluv. arc. act. L. 31. D. de ſervit. praed. ruſticor.* Z. E. Titius erlaubt mir aus ſeinem Bache eine Waſſerleitung, zwiſchen meinem und des Titius Grundſtück liegt aber des Cajus Acker. Bewilligt mir letzter die Befugniß, meine Canäle durch ſeinen Fundus zu leiten, ſo ſteht nun der Servitut nichts im Wege. Ohne dieſe Vergünſtigung iſt mir die Servitut nichts nütze. Denn nöthigen kann ich den Cajus dazu nicht. *Petr.* DUIRSEMA in Conjectural. iuris civ. Lib. I. cap. 5. pag. 87 ſq. hat daher die *L. 17. §. 3. D. de aqua pluv.* offenbar falſch verſtanden, welche unläugbar blos von dem Falle redet, da der fundus intercedens dem ſervienti ſelbſt zugehört. S. POTHIER Pandectae Iuſtin. c. l. Nr. XI. pag. 256. und WESTPHAL §. 584.

74) S. DUARENUS in Comm. ad L. 14. §. 2. D. de ſervitut. und WESTPHAL §. 585.

3) zu bemerken, daß wenn der Eigenthümer von zwey Grundstücken eins verkauft, und der Verkäufer bey der Tradition entweder dem verkauften Grundstück eine Servitut aufgelegt, oder demselben auf seinem zweyten, nicht verkauften Prädium, eine Servitut constituirt hat, es zwar nach Ulpian *L.* 6 *pr. D. Commun. praedior.* gar nichts darauf ankommen soll, ob die beyden Grundstücke benachbart sind, oder nicht. Es heißt nämlich: Si quis *duas aedes* habeat, et alteras tradat, potest legem traditioni dicere: ut vel istae, quae non traduntur, servae sint his, quae traduntur, vel contra: ut traditae retentis aedibus serviant: *parvique refert, vicinae sint ambae aedes, an non.* Idem erit et *in praediis rusticis.* Vergleicht man jedoch damit die *L.* 7 §. 1. *D. eodem*, wo Paulus sagt: Interpositis quoque alienis aedibus imponi potest: veluti, *ut altius tollere*, vel *non tollere liceat*: vel etiam si *iter* debeatur, ut ita convalescat, *si mediis aedibus servitus postea impositа fuerit*, sicuti per plurium praedia servitus imponi etiam diversis temporibus potest. Quamquam dici potest, si tria praedia continua habeam, et extremum tibi tradam, vel tuo vel meis praediis servitutem acquiri posse. *Si vero extremo, quod retineam, quia et medium meum sit, servitutem consistere*: sed si rursus aut id, cui adquisita sit servitus, aut medium alienavero, interpellari eam, donec medio praedio servitus imponatur; so läßt sich wohl nicht füglich behaupten, daß Ulpian in jenem Falle eine besondere Ausnahme habe machen wollen, sondern man wird auch hier, wie schon die Natur der Sache lehrt, voraussetzen müssen, daß die Ausübung der constituirten Servitut ihrer Art nach möglich sey, ohne daß dieselbe durch das praedium

intermedium gehindert wird. Nur unter dieser Bedingung läßt sich mit Ulpian annehmen, daß es nicht darauf ankomme, ob die praedia benachbart sind, oder nicht, wie insonderheit auch schon Hugo Donellus [75]) sehr gründlich ausgeführt hat.

§. 663.

Causa perpetua bey Prädial-Servituten.

Aus den bisher entwickelten Grundsätzen, besonders aber aus dem Begriff von Prädial-Servituten, nach welchem ein Prädium dem andern durch sich selbst, d. i. durch seine natürliche Beschaffenheit, nützt, läßt sich ferner der Satz des Röm. Rechts erklären, daß Prädial-Servituten eine causa perpetua haben müssen. Worin jedoch diese *causa servitutis perpetua* bestehe, wird von den Rechtsgelehrten auf sehr verschiedene Art erklärt. Bald versteht man unter der *causa* das Object der Servitut, bald den Zweck, wozu die Servitut constituirt worden ist, bald die Form der Servitut, oder diejenige Eigenschaft derselben, daß sie dem herrschenden Gute den Vortheil gewährt, um dessen willen sie constituirt worden ist [76]). Allein *causa ser-*

75) Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 2. Man sehe auch BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. XVII. Th. I. lit. B. pag. 656.

76) Man sehe *Io.* SUPERIOR Comment. de servitutib. ad. L. 12. pr. D. de servitut. nr. 4. *Lac.* CUJACIUS Observation. Lib. XI. cap. 3. *Franc.* DUARENUS Commentar. ad L. 28. D. de servitut. praedior. urban. *Oper.* pag. 195. *Guil.* MARANUS Paratitl. Dig. pag. 259. *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris. civ. Lib. XI. cap. 3. *Ger.* NOODT Commentar. ad Pand. Lib. VIII. Tit. 4. *Operum*

servitutum ist vielmehr die Bedingung, von welcher die Ausübung der Servitut ihrer Möglichkeit nach abhängt. Da nun bey Prädial-Servituten nicht von bloßen persönlichen Vortheilen die Rede ist, sondern dadurch einem Grundstücke selbst ein nützliches Recht erworben wird, zu dessen Ausübung blos die Existenz eines dienstbaren Guts erforderlich ist, welches diesen Vortheil an sich gewähren kann; so liegt nun auch hierin, und in der perpetuirlichen Existenz dieser Grundstücke der Begriff der causae servitutum perpetuae. Diese *perpetuitas causae* erfordert also,

1) daß dasjenige, wodurch die Ausübung der Servitut möglich wird, durch die Naturbeschaffenheit und Zweckbestimmung beyder Grundstücke bewirkt, und mithin

2) mit diesen Grundstücken selbst immerwährend vorhanden seyn müsse, ohne von positiven Handlungen des Eigenthümers des dienenden Grundstücks abhängig zu seyn. Ob von Seiten des Eigenthümers des berechtigten Guts zur Ausübung der Dienstbarkeit Handlungen erfordert werden, oder nicht, kommt in keine Betrachtung. Die Richtigkeit der gegebenen Erklärung, welche ich vorzüg-

Operum. Tom. II. pag. 222. *M. Aurel.* GALVANUS de usufructu Cap. XII. §. 5. pag. 111. und Cap. XXXIX. §. 10. pag. 564. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Dig. Lib. VIII. Tit. 4. §. 6. *Io.* SCHILTER Prax. Iur. Rom. Exercit. XVIII. §. 13. sq. *Pet.* DUIRSEMA Conjectur. iur. civ. Lib. I. Cap. 5. §. 4. pag. 92. sqq. *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Diss. de causa servitutum perpetua. *Halae 1738.* und WESTPHAL de lib. et servitut praedior. §. 550—556.

lich dem Herrn Prof. Zachariä [77]) verdanke, wird sich aus den Gesetzstellen rechtfertigen, welche jenen Grundsatz enthalten. Hierher gehört

1) *L.* 28 *D. de servitutib. praedior. urb.* wo **Paulus** sagt: Foramen in imo pariete conclavis, vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse, neque tempore adquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex coelo aquae veniat: *neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit.* At quod ex coelo cadit, etsi non assidue fit, *ex naturali tamen causa fit*: et ideo *perpetuo* fieri existimatur. *Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent*: et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquae ductus potest. Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet. Dieses Fragment enthält

a) den Grundsatz selbst, daß Prädial-Servituten eine causa perpetua haben müssen. Da **Paulus** hier über den **Massurius Sabinus** commentirt, aus dessen *libro* 15. *ad Sabinum* diese Stelle entlehnt ist, so lehrte ohne allen Zweifel schon **Sabinus** selbst diesen Satz. Ja es sind die Worte: *Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent*, wahrscheinlich die eignen Worte des **Sabinus**, wie **Franz Duaren** [78]) hierbey sehr richtig bemerkt hat. Es ist auch merkwürdig, daß über diesen Grundsatz nie zwischen den **Sabinianern** und **Prokulianern** gestritten worden ist.

b) Setzt

77) Lehre des R. R. von dinglichen Servituten §. 13. In **Hugo** civilist. Magazin. 2 B. S. 343. ff.

78) Commentar. ad L. 28. D. de servitut. praed. urb. *Operum* pag. 195.

b) Setzt hier Paulus demjenigen, *quod perpetuam causam habet*, das entgegen, *quod manu fit*, und sagt, das habe eine causam perpetuam, *quod ex naturali causa fit*. Es ist hier zu bemerken, daß unter dem, *quod manu fit*, nicht dasjenige verstanden werden soll, was überhaupt durch Menschenhände geschieht, und bewirkt wird. Denn es giebt mehrere Servituten, bey welchen der Gegenstand, der zu ihrer Ausübung erfordert wird, von Menschenhänden gemacht ist, z. E. die Mauer, bey der servitus oneris ferendi und tigni immittendi, der Kamin bey der servitus fumi immittendi; und doch wird Niemand läugnen, daß diese Servituten eine causa perpetua haben. *Quod manu fit*, heißt vielmehr hier soviel, als quod manuaria domini praedii servientis opera perficitur. Es wird uns die nähere Entwickelung des Falles, von dem hier Paulus redet, von der Richtigkeit dieser Erklärung noch mehr überzeugen. Ich mache mit meinem Nachbar den Vertrag, daß er mir durch seine Leute das zur Reinigung meiner Fußböden in meinem Gebäude nöthige Wasser durch eine Oeffnung, die ich deshalb in meiner Wand gemacht habe [79], in einer zu diesem Zweck angebrachten Rinne aus seinem Brunnen solle pumpen lassen. Dies ist eigentlich der Fall, von dem Paulus redet; nicht aber der, welchen man gewöhnlich hier unterstellt, daß ich nämlich die Oeffnung in meiner Wand dazu gemacht hätte, um das Was-

79) Accursius in Glossa ad L. 28. cit. nimmt den Fall an, daß die Oeffnung (foramen) in der Wand des Nachbars gemacht worden sey. Ihm stimmt auch HUBER in Praelect. ad Pand. Lib. VIII. Tit. 4. §. 7. bey. Allein in dem Gesetz wird dies nicht gesagt. Es ist auch zu dieser Voraussetzung keine Nothwendigkeit vorhanden.

ser, womit meine Fußböden abgespült worden, in meines Nachbars Grundstück abzulassen [80]). Denn wenn dies der Sinn wäre, so könnte es nicht heißen: foramen, quod esset *proluendi pavimenti causa*; sondern es müßte heißen: foramen, quod esset *emittendae proluviei causa*, wie auch Heineccius [81]) ganz richtig bemerkt hat; und dann könnte auch von keiner servitute fluminis die Rede seyn, sondern dies wäre alsdann eine wahre servitus cloacae [82]). Daß nun jener Vertrag gültig eingegangen werden könne, hat keinen Zweifel. Allein er bewirkt nur eine persönliche Verpflichtung, begründet hingegen keine Servitut. Wie aber, wenn ich schon seit zehen Jahren auf solche Art das Pumpenwasser meines Nachbars benutzt hätte, könnte man nicht sagen, ich hätte nun wenigstens durch Verjährung die Servitut meinem Grundstück erworben? Nein, denn es fehlt hier ganz an der wesentlichen Bedingung einer Prädial-Servitut, nämlich an der causa perpetua. *Neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit.* Hier würde ein Handdienst des Eigenthümers des dienstbaren Guts die Bedin-

80) Man sehe z. B. *Io. Iac.* WISSENBACHII Exercitation. ad Pand. Disp. XX. §. 13. POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. Lib. VIII. Tit. I. Nr. XVI. not. c. pag. 257. und *Abr.* HAVERKAMP specim. ad *Constantini Harmenopuli* Promtuarii L. II. Tit. IV. §. 34. Ad L. 13. pr. π. de servitut. praedior. rustic. et L. 28. π. de servit. praed. urban. *Lugd. Batav. 1738.* Cap. III. (in OELRICHS Thes. *Dissertation. iuridic. in academ. Belgic. habitar.* Vol. I. Tom. III. pag. 60. sqq. und vergleiche dagegen *Ulr.* HUBERI Eunomia Rom. ad L. 28. D. de servitut. praed. urb. §. 8. pag. 372.

81) Diss. de causa servitutum perpetua §. 29.

82) *L. 1. §. 4. D. de cloacis.*

dingung der Möglichkeit der Servitut seyn, welche doch vielmehr durch die Natur beyder Grundstücke selbst gegeben seyn muß. Ein Anders wäre, wenn mein Nachbar, vermöge des geschlossenen Vertrags, leiden müßte, daß ich das Regenwasser von seinem Dache durch Rinnen in einem Wasserbehälter sammlen, und solches durch die in meiner Wand gemachte Oeffnung in mein Gebäude leiten dürfte, um den Fußboden damit abzuspülen [83]). Dies wäre eine wahre Servitut. Quod enim *ex coelo* cadit, etsi non assidue fit, *ex naturali tamen causa fit:* et ideo *perpetuo fieri* existimatur. Hieraus folgt also,

c) was von der Wirkung der Natur abhängt, kann der Gegenstand einer Prädial-Servitut seyn, wenn auch schon die Wirkung nicht ununterbrochen erfolgt, wie Paulus durch das Beyspiel der servitus stillicidii, und fluminis erweißt [84]). Was hingegen nicht benutzt werden kann, ohne daß der Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks

83) Dergleichen Wasserleitungen waren bey den Römern etwas sehr gewöhnliches, nicht blos um Wasser zur Abspülung der Fußböden gleich bey der Hand zu haben; sondern sie hatten auch sowohl in den Vorsälen, als in den Wohnzimmern und besonders in den Speisesälen (triclinium) Fontainen und Bassins. Man s. SENECA *Natur. Quaest.* Lib. III. c. 17. *de tranquill. animi* c. 1. et *Epist.* 100. MARTIAL. Lib. XII. Epigr. 40. SUETON. *in Aug.* c. 81. PAPIN. STATIUS *Silv.* Lib. I. Carm. 2. v. 154. et Carm. 3. v. 37. *Is.* CASAUBONUS ad loc. *Sueton.* cit. *Io.* BRODAEUS Miscellaneor. Lib. V. c. 6. *Ier.* MARCKLANDUS ad loc. *Statii* cit. u. MEURSIUS de luxu Romanor. Cap. 12.

84) Auch bey der servitus aquae ductus kann, wie *L. 34. §. 1.* et *L. 35. D. de servitut. praed. rusticor.* gesagt wird, zuweilen die Quelle versiegen, welches dennoch der causae perpetuae nicht entgegen ist.

stücks eine positive Handlung dabey leistet, ist kein Gegenstand einer Prädial-Servitut, obwohl eine persönliche Verpflichtung dabey Statt finden kann, die auch sonst nicht ohne rechtliche Folgen ist[85]).

2) *L.* 23 §. 1. *D. de servitut. praed. rustic.* Si *lacus perpetuus* in fundo tuo est, *navigandi* quoque *servitus*, ut perveniatur ad fundum vicinum, imponi potest.

3) *L.* 1. § 5 *D de aqua quotidiana.* Loquitur autem Praetor in hoc Interdicto de ea aqua sola, quae perennis est: *nulla enim alia aqua duci potest, nisi quae perennis est.* Mit Recht setzt Pothier[86]) den Grund darin, quia causa servitutum naturalis et perpetua esse debet.

§. 6. Quanquam autem ad perennes aquas dixerimus hoc Interdictum pertinere; ad eas tamen perennes pertinet, *quae duci possunt.* Caeterum sunt quaedam, quae, etsi perennes sunt, *duci tamen non possunt*, utputa puteales, et quae ita sunt summersae, ut defluere extra terram, et usui esse non possint, sed huiusmodi aquis, quae duci non possunt, *haustus servitus* imponi potest.

§. 7. Haec Interdicta de aqua, item de fonte, ad eam aquam pertinere videntur, *quae a capite ducitur*, non

85) Wenn z. E. der Nachbar durch die Oeffnung, welche in der Grundmauer, proluendi pavimenti causa, gemacht worden ist, Schaden leidet, so findet nicht die actio negatoria, sondern die actio ex stipulatione damni infecti, oder actio in factum Statt. *L.* 29. *D. de servitut. praedior. urban. L.* 18. *D. eod.* WESTPHAL de lib. et servit. praed. §. 556. und §. 7. not. 6 pag. 19.

86) Pandect. Iustinian. Tom. III. Lib. XLIII. Tit. 20. Nr. III. Not. b.

non aliunde: *harum enim aquarum etiam servitus iure civili constitui potest.*

§. 8. *Caput aquae* illud est, unde aqua nascitur: si ex fonte nascatur, ipse fons; si ex flumine vel lacu, prima incilia, vel principia fossarum, quibus aquae ex flumine, vel ex lacu in primum rivum communem pelli solent [87]). Plane si aqua, sudoribus manando, in aliquem primum locum effluere, atque ibi apparere incipit: eius hoc *caput* dicemus, ubi primum emergit.

4) L. *un.* §. 4. *D. de fonte.* Hoc Interdictum *de cisterna* non competit: *nam cisterna non habet perpetuam causam, nec vivam aquam.* Ex quo apparet in his omnibus exigendum, *ut viva aqua sit.* Cisternae autem imbribus concipiuntur. Denique constat, Interdictum cessare, *si lacus, piscina, puteus vivam aquam non habeat.*

Es erhellet aus diesen Stellen, daß nach der Strenge des Römischen Civilrechts auch dasjenige kein Gegenstand einer Prädial-Servitut seyn kann, was zwar von einer Wirkung der Natur herrührt, aber durch den Gebrauch leicht erschöpft ist, so daß man aus dieser Ursache den Nutzen nicht beständig haben kann. Daher nahm man zum Grundsatz an, daß aus einem stagnirenden See, der keine Quellen hat, desgleichen aus einer Cisterne, die blos vom Regen ihr Wasser erhält, oder aus einem Sumpfe, welcher

87) Man vergleiche über den Ausdruck *caput aquae Hadr.* TURNEBUS Adversar. Lib. XXIV. c. 40. *Robert.* TITIUS Locor. controvers. Lib. IV. c. 24. *Casp.* BARTHIUS Adversar. Lib. XI. c. 24. *Pet.* CIACCONIUS Not. in *Iul. Caesar.* de bello gall. Lib. IV. c. 4. er in *Pompon. Melam* Lib. II. c. 3. und *Car. Frid.* WALCH Diss. de aquae hauriendae servitute §. 6.

welcher blos vom Winterwasser zusammengeflossen ist, weder das Recht Wasser zu schöpfen, noch eine Wasserleitung als eine Real-Servitut constituirt werden könne.

5) *L. 2. D. Commun. praedior.* De aqua, sagt hier **Ulpian**, per rotam tollenda ex flumine vel haurienda, vel si quis servitutem castello imposuerit, quidam dubitarunt, *ne hae servitutes non essent.* Sed rescripto Imperatoris *Antonini* ad Tullianum adjicitur, *licet servitus iure non valuit*, si tamen hac lege comparavit, seu alio quocunque legitimo modo sibi hoc ius adquisiit, tuendum esse eum, qui hoc ius possedit. **Ulpian** führt hier zwey Beyspiele von Servituten an, welche nach dem strengen Recht nicht gelten. Erstens, wenn mir der Eigenthümer das Recht einräumt, das Wasser mittelst eines Rades zum Nutzen meines Grundstücks aus seinem Fluß zu heben oder zu schöpfen. Zweytens wenn er mir das Recht giebt, Wasser aus seinem castello, d. i. Wasserbehältniß oder Röhrkasten, zu schöpfen. Es ist also hier nicht, wie **Grävius** [88]) und **Heineccius** [89]) meinen, von einem öffentlichen Fluß oder öffentlichen Wasserbehälter die Rede [90]). Denn wie hätte sonst ein Zweifel darüber entstehen können, ob jene Servituten gültig constituirt werden könnten, da es sich von selbst verstand, daß keine Privatperson einem öffentlichen Flusse oder einem castello publico eine Servitut auf-

88) Praefat. ad Tom. IV. Thesaur. Antiquitat. Rom.

89) Diss. de causa servitut. perpetua. §. 31.

90) **Justinian** sagt zwar §. 2. *I. de rer. divis.* Flumina omnia publica sunt. Allein **Ulpian** theilt die Flüsse *L. 1. §. 3. et 4. D. de fluminib.* ein in flumina *publica* et *privata.*

auflegen kann [91])? Warum man aber die Gültigkeit jener Servituten nach der Strenge des Civilrechts bezweifelt habe, wird von den Auslegern sehr verschieden erklärt. Cujaz [92], dem auch D'Avezan [93]) und Pothier [94]) beystimmen, setzen den Zweifelsgrund darin, weil praedia einer so großen Menge Wassers kaum bedürften, als durch das Wasserrad aus dem Fluß geschöpft wird. Servituten aber nicht über die Bedürfnisse des herrschenden Guts ausgedehnt werden dürften. Ueberdem sey ein castellum kein Quellwasser. Da nun eine Wasserleitungs- oder Schöpfungs-Servitut nur aus einem lebendigen Wasser constituirt werden könne, so fehle es hier an einer causa perpetua. Gegen den letzten Grund ist nichts einzuwenden; allein desto weniger befriediget der erstere. Denn man erwäge, daß sowohl die servitus aquae ductus, als aquae haustus, zu den servitutibus rusticis gerechnet werden [95]). Wer sollte nun wohl daran zweifeln, daß das herrschende Grundstück von solchem Umfange seyn könne, um nicht, besonders in einer dürren Gegend, zur völligen Bewässerung desselben, eines Wasserrades benöthigt seyn? der Gärten und Wasserkünste gar nicht einmal zu gedenken, die der Luxus der Römer auf ihren Landgütern zur Belustigung erfunden hatte, wie

91) *L. 3. §. ult. D. de servitut. praed. rusticor.*

92) Observation. Lib. III. cap. 28.

93) Servitut. libr. P. III. Cap. 18. *§. At quaeri potest.* Tom. IV. *Thesaur. Meermann.* pag. 168. seq.

94) Pandect. Iustinian. Tom. I. Lib. VIII. Tit. 1. Nr. VIII. not. e.

95) *L. 1. pr. et §. 1. L. 2. §. 1. et 2. L. 3. §. 3. L. 5. §. 1. D. de servitut. praedior. rusticor.*

wie Carl Gottfr. Winckler[96]) auch schon sehr gründlich gegen Cujaz erinnert hat. Ueberdem waren die Schöpfräder auch schon so eingerichtet, daß sie nicht mehr Wasser gaben, als man zum Gebrauch des Grundstücks nöthig hatte. Man lese nur die Beschreibung davon bey Vitruvius Pollio[97]), und man wird sich wundern, wie der große Cujaz auf einen solchen Einfall hat gerathen, und dennoch Beyfall finden können. *Fiunt etiam*, sagt Vitruv, *in fluminibus Rotae eisdem rationibus, quibus supra scriptum est. Circa earum frontes affiguntur pinnae*[98]), *quae cum percutiuntur ab impetu fluminis, cogunt progredientes versari rotam: et ita modiolis*[99]) *aquam haurientes, et in summum referentes, sine operarum calcatura, ipsius fluminis impulsu versatae, praestant, quod opus est ad usum.* Gerhard Noodt[100]) erklärt sich den Zweifel gegen

96) Diss. de iure impetratae aquae. *Lipsiae 1794.* § 9. pag. 35.

97) De Architectura. Lib. X. cap. 10. pag. 240. sq. edit. *Aug. Rode. Berolini 1800.* 4.

98) *Pinnae* sind die Schaufeln an einem Wasserrade, d. i. die Bretter, worauf das Anschlagewasser fällt, und das Rad in Bewegung setzt. S. RODE Lexic. Vitruvian h. v.

99) *Modioli* sind die an dem Wasserrade befestigten Kasten, wodurch das Wasser aus dem Flusse geschöpft, und ausgegossen wird. LUCRETIUS, welcher de rerum natura Lib. V. v. 517. auch der Wasserräder, als einer bey den Römern sehr gewöhnlichen Schöpfmaschine, gedenkt, nennt diese Schöpfkasten *haustra*. Man sehe *Robert* KEUCHEN Notae ad FRONTINUM de aquaeductibus, Tom. IV. *Thesauri Antiquitat. Rom. Graeviani.* pag. 1638. und *Iode* LAET Lexic. Vitruvian. adj. VITRUVII libro ab eo edito.

100) Commentar. ad Pandect. Lib. VIII. Tit. 4. *Operum* Tom. II. pag. 222.

gegen die Gültigkeit der servitus aquae per rotam ex privato flumine tollendae vel hauriendae so, weil hier das Wasser nicht natürlich fließt, sondern durch ein menschliches Kunstwerk aus dem Fluß gefördert wird, welches von keiner beständigen Dauer seyn könne. Winckler [1]) sagt auch, es fehle bey dieser Servitut an einer causa naturalis, und also an einer causa perpetua, weil hier menschliche Kunst mitwirken müsse, um das Wasser aus den Fluß zu heben. Walch [2]) hingegen legt das ganze Gewicht auf das Wort *Rota*, in dem Gesetz. Quum ibi *rota*, sagt er, quae ipsa se versabat, ipsa ex fundo aquam sumeret: hanc in modiolos reciperet, hominibusque exhiberet; *illi haud ex flumine, sed ex modiolis aquam hauriebant.* Hanc aquam non fuisse *vivam*, id est, naturalem, quilibet perspiciet, quem haud fugit vis ac potestas vocis: *viva aqua.* Haud obscure linguae latinae peritissimus VARRO [3]) eam aquam *vivam* vocat, *quae ibi sit nata*, atque existat perennis. Haec cum ita se habeant, non possumus, quin *aquam per rotae modiolos hauriendam* non vivam declaremus. Neque huic rei obstat, quod modiolis e flumine ipso aquam hauriant, quum semper locum, unde hauriens aquam sumit, considerant leges, hincque, cisternam etiam vivam aquam haud habere, statuunt, quamvis fuerit viva, quum in cisternam e coelo caderet, observante PAULO [4]). Quum aqua, quae *per rotam* ex flumine hauritur, non sit *aqua viva*:

ille

1) Diss. cit. de iure impetratae aquae §. 9. pag. 34.

2) Diss. de aquae hauriendae servitute. §. 9. pag. 35.

3) *De lingua latina.* Lib. IV. pag. 31.

4) *L. 28. D. de servitut. praed. urb.*

ille tiro, immo totius iuris ignarus foret, cui mirum adhuc esset, Veteres de servitute, ius hauriendi per rotam ex flumine alicui concedente, dubitasse, atque ANTONINUM, illam iure non valere, sanxisse, quippe ULPIANUS [5]) interdictum de aquae haustu cessare, notat, *si cisterna, lacus, piscina, puteus vivam aquam non habet.* Allein daß das Wasser, welches mittelst eines Schöpfrades aus dem Fluß gehoben wird, aqua viva sey, ist wohl mit Grund nicht zu bezweiflen, wenn es zumal möglich wäre, dasselbe aus den am Rade angebrachten modiolis selbst zu schöpfen, welches doch, da das Rad, durch die Gewalt des Wassers getrieben, in beständiger Bewegung ist, nicht angeht. Das Wasserrad dient blos dazu, das Wasser aus dem Fluß zu heben, und es sodann durch Rinnen in die Wässerungs-Gräben, oder durch Röhren und Kanäle in das herrschende Gut zu dem bestimmten Zweck zu leiten [6]). Da jedoch dergleichen Räder besonders bey trockener Jahreszeit nicht selten stehen bleiben, wenn es dem Fluß an Kraft gebricht, dieselben in Bewegung zu setzen, und dadurch die Ausübung der Servitut unterbrochen wird, so mag, wie ich glaube, daher der Zweifel entstanden seyn, ob das Recht, das Wasser aus einem Flusse mittelst eines Rades zu einer Wasserleitung zu heben, als eine Real-Servitut eingeräumt werden könne; weil es hier an einer causa perpetua zu mangeln scheint. Es ist sehr merkwürdig, daß der Kr. Antoninus Caracalla diesen Zweifel nicht für ungegründet hält, sondern vielmehr ausdrücklich ein-

5) *L. 1. §. 4. D. de fonte.*

6) S. Franz Lud. von Cancrin Abhandlungen vom Wasserrechte. 2. Band 7. Abh. §. 15. u. 16.

einräumt, daß in den angeführten beyden Fällen, nach dem strengen Rechte, eigentlich die Servitut nicht gelte, indessen sey dennoch derjenige, welcher ein solches Recht auf eine fremde Sache gehörig erworben hat, bey dem Besitz dieses seines Rechts zu schützen. Unstreitig hatte schon der Prätor die Strenge des Civilrechts hierin durch seine Edicte gemildert, wie auch Walch [7]) sehr gründlich ausgeführt hat, und Kr. Antonin hat blos das prätorische Recht bestätiget. Folgende Stelle wird uns noch mehr hiervon überzeugen.

6) *L.* 9. *D. de servitut. praedior. rustic.* Servitus aquae ducendae vel hauriendae, nisi *ex capite*, vel *ex fonte*, constitui non potest: HODIE tamen *ex quocunque loco* constitui solet.

Auch noch in dieser Stelle wird die Regel anerkannt, daß Prädial-Servituten eine causa perpetua haben müssen. Allein man sagt, diese Stelle beweise auch eben so deutlich, daß jene Regel durch die neuere Gesetzgebung aufgehoben sey. Denn nach derselben könne auch eine Wasserleitungs- oder Wasserschöpfungs-Gerechtigkeit aus einer Cisterne, einem stagnirenden See, Fischdeiche, und jedem andern Wasser, welches auch keine Quellen hat, constituirt werden; und zwar versteht man unter hodie gewöhnlich die Constitution des Kaisers Antoninus Caracalla, deren in der vorigen Gesetzstelle namentlich gedacht war [8]).

Allein

7) Diss. cit. §. 6. pag. 23.

8) S. *Ger.* NOODT Comment. ad Pand. Lib. VIII. Tit. 3. §. *Ex quatuor.* pag. 217. et Tit. 4. §. *Est et illa* pag. 222. *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejust. ad *Pauli* Sentent. Recept. Lib. I.

Allein der Satz von der causa perpetua liegt zu tief im Geist der Legislation von dinglichen Servituten, und die angeführten Gesetze haben ihn zu deutlich bestätiget, als daß man eine Aufhebung desselben mit Grund annehmen könnte [9]). Zwar hat der Prätor allerdings die Strenge des Civilrechts gemildert, allein diese Abänderung betrifft doch nur die servitus aquae haustus und aquae ductus, und auch bey diesen Servituten setzen die prätorischen Interdicte de aqua, und de fonte eine aqua perennis voraus [10]). Dahingegen sagt Ulpian [11]) ausdrücklich, das Interdictum de fonte habe bey einer Cisterne nicht Statt, weil sie keine perpetuam causam hat, auch falle dieses Interdict weg, si *lacus*, *piscina*, *puteus* vivam aquam non habeat. Viele Rechtsgelehrten [12]) erklären daher die Worte *quocun-*

Lib. I. Tit. 17. in fin. not. 10. pag. 257. und WESTPHAL de Servitut. praedior. §. 551. not. 497.

9) S. HEINECCIUS cit. Diss. de causa serv. perpet. §. 23. In den *Basilicis* Lib. LVIII. Tit. 3. const 9. findet sich ebenfalls von einer solchen Aufhebung nichts. Es heißt vielmehr daselbst: Καὶ τὸ ἕλκειν ὕδωρ ἀπὸ πηγῆς ἀλλοτρίας, δουλεία ἐστίν. d. i. nach der Uebersetzung des Fabrotus Tom. VI. pag. 769. *Servitutis etiam genus est, aquam ex alieno fonte ducere.*

10) *L. 1. §. 5. 6. et 7. D. de aqua quotid.*

11) *L. 1. §. 4. D. de fonte.*

12) *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. III. Cap. 18. §. *Aquaeductus*, (Tom. IV. *Thes. Meerm.* pag. 167.) *Iac.* CUJACIUS Comm. ad L. 9. D. de Serv. praed. rustic. *Io.* VOET Commentar. ad Pandect. Lib. VIII. Tit. 3. §. 6. *Pet.* DUIRSEMA Conjectur. iur. civ. Lib. I. cap. 5. pag. 94. *Ulr.* HUBER Eunom. Rom. ad L. 28. D. de Servit. praed. urb. §. 6. pag. 371. und *Io.* BRUNNEMANN Comm. ad L. 9. D. de servit. praed. rustic.

cunque loco so, daß nach dem neuern Rechte die servitus aquae ductus oder aquae haustus zwar nicht gerade aus der Quelle selbst, wo das Wasser entspringt, brauche constituirt zu werden, sondern sie könne nicht nur ex quovis loco fluminis, sondern auch aus einem Bache, oder auch aus einem castello, welches das aus der Quelle fließende Wasser enthält, constituirt werden. Es werde aber doch auch selbst nach dem prätorischen Rechte immer ein lebendiges Wasser erfordert, und sey daher die prätorische Billigkeit keinesweges auf cisternas, lacus und stagna, die kein lebendiges Wasser haben, auszudehnen. Viele, besonders neuere Rechtsgelehrten [13]), wollen indessen diese einschränkende Erklärung darum nicht zulassen, weil, auch ohne eine beständige Quelle, bey einer Cisterne, oder einem stehenden See, dennoch die Natur unverkennbar wirke; und dagegen möchte auch wohl der heutige Gerichtsbrauch nichts einzuwenden finden [14]).

§. 664.

Prädial-Servituten sind inseparabel, und dürfen nicht über das Bedürfniß des dienstberechtigten Gutes ausgedehnt werden.

Dingliche Servituten sind ein Recht des herrschenden Guts; sie können daher von dem Gute, zu dessen Nutzen

13) WESTPHAL de lib. et servit. praedior. §. 551. not. 497. Münter von Servituten 1. Th. §. 11. THIBAUT Syst. des P. R. 2. Bd. §. 606, am Ende. HUFELAND Pandectencompendium §. 293. Nr. 2. und WITTICH System des heutigen Civilrechts 2. Bd. §. 199. S. 47.

14) S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Spec. CVII. medit. 1. und WIESAND Opuscul. iurid. Specim. XII. Obs. 1. pag. 168. sq.

sie bestellet sind, nicht getrennt, und daher weder einseitig verpachtet [15]), noch von einem andern Gute ausgeübt werden [16]). Es liegt auch in der Natur derselben, daß sie den Nutzen des herrschenden Guts nicht überschreiten dürfen [17]). Gerh. Noodt [18]) will zwar dem Eigenthümer des herrschenden Guts das Recht einräumen, die Real-Servitut weiter, als jedem Besitzer daran gelegen seyn kann, auszuüben, nämlich a) wenn dem Herrn des dienstbaren Guts kein Nachtheil daraus erwächst, und b) wenn es ausdrücklich ist bewilliget worden. Ihm stimmt auch Herr JustizR. Hufeland [19]) bey, und Westphal [20]) behauptet, es lasse sich zuweilen, nach Befinden der Umstände, auch sogar eine stillschweigende Bewilligung annehmen. Allein Herr Hofrath Thibaut [21]) hat aus überzeugenden Gründen dargethan, daß alle diese Behauptungen offenbar

15) *L. 44. D. locati.* KRAUS Diss. de locatione servitut. realis, praecipue iuris pascendi. *Lipsi. 1760.*

16) *L. 24. D. de Servitut. praed. rustic.* HUBERI Eunom. Rom. ad h. L. pag. 384. und *Hufelands* Pandectencompendium. §. 289.

17) *L. 5. §. 1. L. 6. L. 24. D. de servit. praed. rustic.* S. *Marc.* LYCKLAMA a *Nyholt* Membranar. Vol. II. Lib. VII. Eccl. 44. §. 1. *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. iuxta seriem Dig. Decad. XXIII. §. 2. und Zachariä von dinglichen Dienstbarkeiten §. 7. im Civilist. Magaz. 2. Bd. S. 335.

18) Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 3.

19) Pandectencompendium §. 290. S. 114.

20) De libert. et servitut. praedior. §. 524. et §. 525.

21) Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 1. Bd. 1. Abth. S. 11. ff.

bar unrichtig sind. Ganz entscheidend sagt **Ulpian** [22]: servitutem constitui *non ultra* posse, *quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit.* Es gehet daraus in größter Deutlichkeit hervor, daß selbst das neuere Römische Recht keine Real-Servitut als solche anerkennt, sobald sie sich ultra praedii necessitatem erstreckt. Ist es dennoch durch ausdrückliche Verabredung bedungen worden, daß die Servitut auch zugleich zum Vortheil des Nachbars solle ausgeübt werden dürfen, so ist zwar freylich, nach der Meinung des **Africanus** [23] ein solcher Vortrag verbindlich, aber doch nur für die Paciscenten und deren Erben. Als eine Real-Servitut kann aber eine solche Vergünstigung nicht gelten, weil man keine Servitut auf eine andere Dienstbarkeit erwerben kann. Es kann daher, wie auch **Paulus** [24] deutlich sagt, eine solche Vergünstigung nur ein persönliches Recht wirken, welches sich höchstens auf die Lebenszeit des Be-

22) *L. 5. §. 1. D. de Servitut. praed. rustic.*

23) *L. 33. §. 1. D. de Servitut. praed. rusticor.* Per plurium praedia aquam ducis, quoquo modo imposita servitute. Nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est, neque eorum cuivis, neque alii vicino poteris hausum ex rivo cedere. *Pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet,* quamvis nullum praedium ipsum sibi servire, *neque servitutis fructus constitui potest.* Ob die Wirkung eines solchen Vertrags sich auch auf den successor singularis erstrecke, wird zwar hier nicht entschieden; allein daß daraus nur ein persönliches Recht entstehen könne, lehrt schon der angeführte Grundsatz, quod *servitus servitutis* constitui nequeat. Denn so ist statt *servitutis fructus* mit *Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. V. cap. 11. richtiger zu lesen. S. auch WESTPHAL §. 538. not. 484. p. 333.

24) *L. 6. D. de servitut. praed. rusticor.*

günstigten erstreckt. Nun widerstreiten sich zwar die Fragmente der Pandecten, wenn die Frage ist, ob nicht Ausdehnung der Servitut über das Bedürfniß des herrschenden Guts wenigstens in dem Falle erlaubt sey, da dem Herrn des dienenden Guts kein Nachtheil daraus erwächst. Pomponius sagt nämlich *L.* 24 *D. de servit. praed. rustic.*

Ex meo aquaeductu *Labeo* scribit, cuilibet posse me vicino commodare: *Proculus* contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam servitus adquisita sit, uti ea possit. *Proculi* sententia verior est.

Ulpian hingegen scheint gerade die Meinung des Labeo, welche in jenem Fragment verworfen wird, durch Stillschweigen zu der seinigen zu machen, wenn er *L.* 1. §. 16. *D de aqua quotid. et aestiva* sagt:

Illud *Labeo* dicit, omnes partes illius fundi, in quem loci aqua ducitur, eiusdem numero esse. Ergo et si forte actor confinem agrum emerit, et ex agro, in quem hoc anno aquam duxerit, postea fundi emti nomine velit aquam ducere: ita demum eum recte hoc interdicto, ut de itinere actuque, uti putant, ut semel in suum ingressus, inde egredi, qua velit, possit, nisi ei nocitum sit, ex quo aquam ducit.

Man hat sich zwar verschiedentlich bemüht, diese beyden Stellen so zu vereinigen, daß denn doch die Meinung des billig denkenden Labeo dabey bestehen könnte [25]). Allein ver-

25) Man vergleiche z. B. *Fr.* HOTOMANUS Observation. Lib VIII. cap. 14. *Iul.* PACIUS Legum conciliatar. Centur. VIII. Quaest. 62. *Dion.* GOTHOFREDUS ad L. 24. D. de Servit. praed. rust.

po-

vergebens. Es leuchtet in die Augen, daß in beyden Fragmenten die Meinung des Labeo nur historisch angeführt werde. Ulpian mißbilliget sie zwar nicht, tritt ihr aber auch keinesweges bey. Pomponius hingegen verwirft sie ausdrücklich, indem er der Meinung des Proculus den Vorzug giebt. Natürlich muß nun also auch diese Entscheidung für das geltende Recht angenommen werden, da sie Justinian zu der seinigen gemacht hat [26]). Daß Tribonian gleichwohl den Ulpian noch einmal erzählen läßt, was Labeo dachte, muß man der unvorsichtigen Eilfertigkeit zuschreiben, mit welcher Justinians Pandecten verfertiget wurden. Wir haben hier ein wichtiges Beyspiel, wie vorsichtig man bey der Vereinigung widerstreitender Fragmente in den Pandecten seyn müsse, indem es öfters der Fall ist, daß eins derselben blos der Geschichte wegen aufgenommen wurde. In solchen Fällen ist es gewiß für die Auslegung des Justinianischen Rechts eine der wichtigsten Regeln, lieber einen Widerspruch vorauszusetzen, und die neueste von Justinian gebilligte Meinung anzunehmen, als eine gezwungene Vereinigung zu erkünsteln [27]).

POTHIER Pandect. Iustin. Tom. III. Lib. XLIII. Tit. 20. Nr. XI. not. b. und WESTPHAL §. 545. et 546.

26) Eben so vereinigen diese Stelle *Ulr.* HUBER in Eunom. Rom. ad L. 24. D. de serv. praed. rustic. pag. 385. *Iac.* LABITTUS Usu Indicis Pandectar. Cap. IV. §. 35. (in WIELING *Iurispr. Restit.* T. II. p. 114.) und Thibaut in den angef. Versuchen 1. Bd. 1. Abth. S. 18. f.

27) S. Thibaut in den angef. Versuchen 1. B. S. 15. f.

§. 665.

Art und Grenzen bey der Ausübung der Servitut.

Prädial-Servituten können zwar ihrer Natur nach weder auf eine gewisse Zeit, noch unter einer Bedingung constituirt werden, wie Papinian [28]) sagt. Denn eine solche Einschränkung würde der causa perpetua servitutum entgegen streiten [29]); ob sie gleich, vermittelst der exceptio doli seu pacti, nach dem prätorischen Rechte gegen den Erwerber und seine Erben aufrecht erhalten wird, wenn er sein Recht, dem Vertrage zuwider, gegen den Constituenten durchzusetzen wagen wollte [30]). Allein die Art und Weise, wie die Servitut ausgeübt werden soll, kann allerdings bey der Constitution der Servitut bestimmt werden. Diese Art und Grenze der Dienstbarkeit (modus servitutis) muß, selbst nach der Strenge des Rechts, von jedem Besitzer des herrschenden Guts beobachtet werden, so wie sie durch Vertrag, Gesetz, oder richterliche Bestimmung, oder auch durch die Natur der Sache selbst, es sey in Ansehung des Orts, der Zeit, der Quantität, Art, oder sonst, bestimmt ist [31]).

Papi-

28) *L. 4. pr. D. h. t.* Bey persönlichen Servituten ist es ganz anders. Von diesem Unterschiede siehe den 9. Th. S. 33. Nr. 3.

29) S. WESTPHAL §. 800. Not. 716. pag. 541.

30) *L. 4. cit.* sagt: Sed tamen, si haec (sc. tempus vel conditio) adjiciantur, *pacti vel per doli exceptionem occurretur, contra placita servitutem vindicanti.* Man sehe über diese Stelle auch Zachariä von dinglichen Servituten §. 17.

31) *C. Christph. Lud.* CRELLII Observationes de servitutibus ad certum modum restrictis. ad *L. 4. §. 1. et 2. D.* de servitut. *Vitemb. 1751.*

Papinian hat dieses genau unterschieden, wenn er *L.* 4. §. 1. *D. h. t.* sagt: *Modum* adjici servitutibus posse constat: veluti quo genere vehiculi agatur, vel non agatur; vel ut equo duntaxat; vel ut certum pondus vehatur, vel grex ille transducatur, aut carbo portetur. In Rücksicht der Ausübung läßt daher selbst die Strenge des Rechts eine intervallorum adjectio bey Real-Servituten zu, weil daher, wie Westphal [32]) ganz richtig sagt, keine servitus ad tempus restricta, et cum tempore finienda entsteht, sondern die Dienstbarkeit beständig fortdauert, und nur in Ansehung ihrer Ausübung modificirt ist. Daher fügt Papinian in der angeführten Stelle §. 2. noch hinzu: Intervalla dierum et horarum non ad temporis causam, sed ad modum pertinent iure constitutae servitutis. Eben so sagt Cajus *L.* 5. §. 1. *D. eodem.* Usus servitutum temporibus secerni potest: forte, ut quis *post horam tertiam usque in horam decimam* eo iure utatur, vel ut *alternis diebus* utatur. Eine Servitut kann jedoch nicht nur Zwischenräume von Stunden und Tagen, sondern auch von Monaten und Jahren haben, welches in Absicht auf die Erlöschung einer Prädial-Servitut durch Verjährung einen wichtigen Unterschied macht [33]). Noch ist zu bemerken, daß Ueberschreitung der Grenze den Verlust der Servitut nur dann zur Folge hat, wenn sie ihrer Ausübung nach auf eine bestimmte Zeit eingeschränkt ist, und dieselbe zu einer ganz andern, als der bestimmten Zeit, ist ausgeübt worden [34]).

§. 666.

32) De lib. et servitut. praedior. §. 805.

33) *L.* 7. *D. Quem. servitut. amitt.* S. CRELL. cit. Diss. Obs. 2. pag. 19.

34) *L.* 10. §. 1. *D. eod.* Si is, qui *nocturnam aquam* habet, *interdiu* per constitutum ad amissionem tempus usus fuerit, *amisit nocturn-*

§. 666.

Wozu verpflichtet eine Prädial-Servitut den Eigenthümer des dienenden Guts? Adminicula Servitutis.

Bey Prädial-Servituten darf übrigens der Eigenthümer des dienstbaren Guts

1) nichts vornehmen, wodurch die Ausübung der Servitut gehindert, oder sonst das Recht des dominantis geschmälert wird. Geschieht es, so kann der Herr des berechtigten Guts verlangen, daß serviens alles wieder in den vorigen Stand setze, und den Schaden vergüte. Er darf daher a) zum Nachtheil des Berechtigten in seinem Eigenthum keinen Bau, noch sonst ein Werk unternehmen, welches der Servitut hinderlich ist. Folgende Stellen verdienen hier bemerkt zu werden.

L. 20. §. 3. *et* 6 *D. de servitut. praed. urb.* Si servitus stillicidii imposita sit, non licet domino servientis areae ibi aedificare, ubi cassitare coepisset stillicidium. — Qui in area, in qua stillicidium cadit, aedificat, usque ad eum locum perducere aedificium potest, unde stillicidium cadit.

L. 13.

nocturnam servitutem, qua usus non est. Idem est in eo, qui *certis horis* aquaeductum habens, *aliis* usus fuerit, nec ulla parte earum horarum. *L. 11. D. eodem.* Is, cui via vel actus debebatur, ut vehiculi certo genere uteretur, *alio genere* fuerat usus: videamus, ne amiserit servitutem; et alia sit eius conditio, qui amplius oneris, quam licuit, vexerit: magisque hic plus, quam aliud, egisse videatur: sicuti latiore itinere usus esset: aut si plura iumenta egerit, quam licuit: aut aquae admiscuerit aliam. *Ideoque in omnibus istis quaestionibus servitus quidem non amittitur: non autem conceditur plus, quam pactum est, in servitute habere.*

L. 13. §. 1. *D. de servitut. praedior. rustic.* Si totus ager itineri aut actui servit, dominus in eo agro *nihil facere* potest, *quo servitus impediatur*, quae ita diffusa est, ut omnes glebae serviant.

L. 9. *pr. D. Si servit. vindicet.* Si eo loco, per quem iter[35]) mihi debetur, tu aedificaveris: possum intendere, *ius mihi esse ire agere.* Quodsi probavero, *inhibebo opus tuum*[36]. Item *Iulianus* scripsit: si vicinus in suo aedificando effecerit, ne stillicidium meum reciperet, posse me agere de iure meo, id est, *ius esse immit-*

35) Statt *iter* will WESTPHAL de libert. et servitut praed. §. 560. not. 503. a pag. 357. lieber *via* lesen, wegen der nachfolgenden Worte: *ius mihi esse ire agere*, desgleichen: sicut *in via* diximus. In den *Basilicis* Tom. VI. Lib. LVIII. Tit. 5. Const. 9. pag. 772. heißt es: Ὁ ἔχων ὁδὸν. Nun bedeutet ὁδὸς soviel als via. *Ger.* NOODT in Comm. ad Pand. Lib. VIII. Tit. 3. *Operum* Tom. II. pag. 216. liest *iter actus*, worunter ebenfalls via zu verstehen sey.

36) *Inhibere opus* erklärt hier WESTPHAL cit. loco durch novum opus nunciare. Allein wenn gleich die novi operis nunciatio bey Prädial-Servituten allerdings Statt findet, wie *L.* 15. *D. de servitut. praed. urb. L.* 6. *in fin. D. Si servit. vindic. L.* 47. *D. fam. ercis. L.* 1. §. 3. *D. de remiss.* lehren; so ist doch kein hinlänglicher Grund vorhanden, daß auch diese Stelle von einer operis novi nunciatione zu verstehen sey. Ich werde von dem Gebrauche dieses Rechtsmittels bey den Prädialservituten unten in dem Titel *Si servitus vindicetur* §. 685. ausführlicher handeln, und dort auch die entgegenstehende *L.* 14. *D. de novi oper. nunciat.* wo Paulus sagt: Qui viam habet, si opus novum nunciaverit adversus eum, qui in via aedificat, nihil agit. Sed servituterm vindicare non prohibetur, vollständig erklären. Was *Lud.* CHARONDAS Πειθανῶν seu Verisimil.

immittendi ſtillicidium: ſicut *in via* diximus. Sed ſi quidem nondum aedificavit: ſive uſumfructum, ſive viam habet: ius ſibi eſſe ire agere, vel frui, intendere poteſt. Quodſi iam aedificavit dominus: is, qui *iter et actum* habet, adhuc poteſt intendere, ius ſibi eſſe: fructuarius autem non poteſt, quia amiſit uſumfructum, et ideo *de dolo actionem* dandam hoc caſu *Iulianus* ait [37]). Contra ſi in itinere, quod per fundum tibi debeo, aedifices, recte intendam, ius tibi non eſſe aedificare, vel aediſicium habere: quemadmodum ſi in area mea quid aedifices.

L. 11. *pr. D. de aqua pluv.* Supra iter alienum arcus aquae ducendae cauſa non iure fiet.

L. 15 §. 8. *D. Quod vi aut clam.* Nonnunquam etiam dominii ratio habenda eſt (ſc. in Interdicto *Quod vi*): utputa ſi propter hoc opus, quod factum eſt, ſervitutes amittantur. Quod non tantum tunc eveniet, cum quis opus aedificaverit, verum etiam ſi diruiſſe opus proponatur.

L. 21. §. 3. *D. cod.* Si quis propter opus factum ius aliquod praedii amiſit, id reſtitui *ex hoc Interdicto* debet.

L. 5.

Lib. I. cap. 5. nr. 6. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iur. Rom.* Tom. I. pag. 698.) *Pet.* BELOIUS Varior. iuris civ. Lib. IV. cap. 8. (in *Theſaur. Meermann.* Tom. IV pag. 711. ſq.) und *Iac.* LABITTUS in Uſu Indicis Pandectar. Cap. V. §. 17. (in WIELING *Iurisprud. Reſtit.* Tom. II. pag. 93. ſq.) darüber geſagt haben, iſt unzureichend.

37) Siehe des 9. Theils 2. Abth. §. 639. Not. 80. S. 353.

L. 5. Cod. de servitut. et aqua. Si quid pars adversa contra servitutem aedibus tuis debitam iniurioſe extruxit: Praeſes provinciae *revocare ad priſtinam formam, damni etiam ratione habita*, pro ſua gravitate curabit.

Auch darf der Eigenthümer des dienenden Guts b) keinem andern eine neue Servitut auf derſelben Sache einräumen, worauf ſchon Jemand eine frühere Servitut erworben hat, inſofern das Recht des Letztern dadurch geſchmälert wird; ſonſt kann wohl mehreren dieſelbe Servitut auf derſelben Sache ertheilt werden, wenn ſie ſich einander in der Ausübung ihres Rechts nicht hinderlich ſind, wie folgende Geſetzſtellen beweiſen.

L. 14. D. de servit. praed. ruſtic. Per quem locum viam alii ceſſero, per eundem alii aquaeductum cedere non potero: ſed et ſi aquaeductum alii conceſſero, alii iter per eundem locum vendere, vel alias cedere non potero.

L. 2. §. 1. et 2. D. eodem. Aquaeductus, et hauſtus aquae per eundem locum ut ducatur, etiam pluribus concedi poteſt: poteſt etiam, ut diverſis diebus vel horis ducatur. — Si aquaeductus, vel hauſtus aquae ſufficiens eſt, poteſt et pluribus per eundem locum concedi, ut et iisdem diebus vel horis ducatur [38]).

Gereicht hingegen c) die neue Servitut der früher erworbenen zum Nachtheil, ſo gilt jene anders nicht, als wenn die Ertheilung mit Einwilligung desjenigen geſchehen iſt, der ſchon ein älteres Servitutrecht auf der Sache erwor-

38) Man vergleiche noch *L. 15. D. Commun. praedior.* und *L. 4. D. de aqua quotid.*

worden hat. Ulpian sagt *L.* 8. *D. de aqua pluv.* In concedendo iure aquae ducendae non tantum eorum, in quorum loco aqua oritur: verum eorum etiam, *ad quos eius aquae usus pertinet*, voluntas exquiritur, id est, *quibus servitus aquae debebatur.* Nec immerito. Cum enim minuitur ius eorum, consequens fuit, exquiri, an consentiant. *Et generaliter, sive in corpore, sive in iure loci, ubi aqua oritur, vel in ipsa aqua habeat quis ius, voluntatem eius esse spectandam placet.* Eben dies bestätiget auch *L.* 4. *C. de servitut. et aqua.* Aquam, quae in alieno loco oritur, sine voluntate eius, *ad quem usus eiusdem aquae pertinet*, Praetoris edictum non permittet ducere.

2) Der Eigenthümer des dienstbaren Guts muß dem Herrn des berechtigten Grundstücks auch alles gestatten, ohne welches die Servitut nicht ausgeübt werden kann. Man nennt diese Befugnisse, welche mit der Servitut, als stillschweigend verstattet, anzusehen sind, weil sie sich wie die Mittel zum Zweck verhalten, *Adminicula servitutum* [39]). Diese Adminicula richten sich ganz nach der Natur der Prädial-Servitut, von der sie eine nothwendige Folge sind; entstehen mit ihr, und gehen mit ihr verlohren [40]). Sie dürfen auch nicht weiter ausgedehnt werden, als soweit sie nothwendig sind, um die Ausübung der Servitut möglich zu machen, oder dieselbe zu erhalten. Zuweilen

39) S. Car. *Adolph* BRAUN Diss. de adminiculis servitutum. *Erlangae 1750.*

40) *L. 17. D. Quemadm. servit amitt. Labeo* ait: Si is, qui haustum habet, per tempus, quo servitus amittitur, ierit ad fontem, neque aquam hauserit, iter quoque eum amisisse.

len machen sie eine besondere Art von Dienstbarkeit aus, z. B. iter als adminiculum servitutis aquae haustus; sonst können sie so verschieden seyn, als die Prädial-Servituten selbst. In den Gesetzen kommen folgende Beyspiele vor.

L. 10. *D. h. t.* Si iter legatum sit, qua, nisi opere facto, iri non possit, licere *fodiendo*, *substruendo*, iter facere, *Proculus* ait [41]).

L. 20. §. 1. *D. de servitut. praed. urban.* Si domo mea altior area tua esset, tuque mihi per aream tuam in domum meam ire agere cessisti, nec ex plano aditus ad domum meam per aream tuam esset: vel *gradus* vel *clivos* propius ianuam meam iure facere possum: *dum ne aliquid ultra, quam quod necesse est, itineris causa demoliar.*

L. 15. *D. de servitut. praed. rustic. Quintus Mucius* scribit; cum *iter aquae* [42]) vel quotidianae vel aestivae, vel quae intervalla longiora habeat [43]), per alienum fundum erit: licere *fistulam suam vel fictilem, vel cuiuslibet generis in rivo ponere*, quae aquam latius exprimeret:

41) Dem Berechtigten ist es in diesem Falle auch erlaubt, wo es wegen sumpfigter Stellen des Weges nöthig ist, einen Steg oder Brücke anzulegen. *L.* 3. §. *ult. D. de itin. actuque priv.*

42) *Iter aquae* ist soviel, wie aquaeductus. In den *Basilicis* Lib. LVIII. Tit. 3. Tom. VI. pag. 769. wird das Wort ὑδραγώγιον gebraucht. Eben so viel bedeutet auch *aquagium.*

42) Die Worte: *quae intervalla longiora habeat* gehen darauf, wenn das Wasser nur abwechselnd einen Tag oder einen Monat um den andern geleitet werden kann. S. WESTPHAL §. 567. not. b.

meret: et, *quod vellet, in vivo facere*, dum ne domino praedii aquagium deterius faceret.

L. 3. §. 5. *D. de aqua quotid.* Is, qui aquae cottidianae ius habet, *vel fistulam in rivo ponere*, vel *aliud quodlibet facere potest*; dummodo ne fundum domino, aut aquagium rivalibus deterius faciat.

L. 3. §. 3. *D. de servitutib. praedior. rustic.* Qui habet haustum, *iter quoque habere videtur ad hauriendum*, et, ut ait *Neratius* libro 3 Membranarum, sive ei ius hauriendi, et adeundi cessum sit, utrumque habebit: sive tantum hauriendi, *ineſſe et aditum*; sive tantum adeundi ad fontem, *ineſſe et haustum* [44]).

Insonderheit muß auch der Eigenthümer des dienstbaren Guts dem zur Servitut berechtigten erlauben, die wegen des Gegenstandes derselben erforderlichen Reparaturen vorzunehmen, und daher nicht nur zu diesem Zweck mit den Arbeitsleuten an Ort und Stelle zu gehen, sondern auch die dazu nöthigen Baumaterialien auf den Platz zu bringen, wenn auch gerade der Ort, wo dies geschieht, nicht dienstbar seyn sollte. Folgende Stellen setzen dieses außer allen Zweifel.

L. 11. *pr. et* §. 1. *D. Commun. praedior.* Refectionis gratia, accedendi ad ea loca, *quae non serviant*, facultas

44) Noch deutlicher reden die *Basilica* Lib. LVIII. Tit. 3. Tom. VI. pag. 769. Ἐὰν τίς σοι παραχωρήσι δίκαιον ἀντλήσεως, εἰς τὸ διαφέρον αὐτῷ ὕδωρ, ἀναγκάζεται σοι καὶ ἄκων δουλείαν τῆς ὁδου παραχωρῆσαι: εἰπερ ἄλλως μὴ δυνάσαι χρήσασθαι τῷ τῆς ἀντλήσεως δικαίῳ. i. e. *Si quis tibi ius hauriendi in aqua ſua permiſerit, cogitur vel invitus et itineris ſervitutem tibi concedere: ſiquidem alia via iure hauſtus tibi uti non liceat.*

cultas tributa est his, quibus servitus debetur: *qua tamen accedere eis sit necesse est;* nisi in cessione servitutis nominatim praefinitum sit, qua accederetur. Et ideo nec secundum rivum, nec supra eum, si forte sub terra aqua ducatur, locum religiosum dominus soli facere potest, ne servitus intereat: et id verum est. *Sed et depressurum vel adlevaturum rivum, per quem aquam iure duci potestatem habes* [45]): nisi si, ne id faceres, cautum sit. — Si prope tuum fundum ius est mihi aquam rivo ducere: *tacita haec iura sequuntur, ut reficere mihi rivum liceat, ut adire qua proxime possim ad reficiendum eum ego, fabrique mei,* item *ut spatium relinquat mihi dominus fundi, quo dextra et sinistra ad rivum adeam, et quo terram, limum, lapidem, arenam, calcem iacere possim.*

L. 4. pr. D. de itinere actuq. priv. Veteres nominatim adiiciebant, ut ea quoque, quae ad refectionem utilia essent, adportanti vis non fieret. Quod supervacuum est, quoniam qui adportari non patitur ea, sine qui-

45) WESTPHAL §. 570. not. 507. pag. 362. will hier die gemeine Lesart folgendergestalt emendiren: *Sed et deprimendi vel allevandi rivum, per quem aquam iure ducis, potestatem habes.* Ducis statt duci liefet auch unser Cod. Pand. Erlang. *Io.* IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pandect. pag. 76. derivirt jedoch das duci aus dem Griechischen τὸ ἀγεσθαι oder κατάγεσθαι. Es sey also blos durch einen Fehler der Version das Passivum statt des Activum gebraucht worden. Allein dies bezieht sich auf die bekannte Grille dieses Alten, daß unser Corpus iuris eine Reversion aus dem Griechischen sey, welche jedoch durch die Basiliken vollkommen widerlegt wird. S. Hugo Civilistisches Magazin. 2. Bd. S. 419. u. folg.

quibus refici iter non possit, vim facere videtur, quominus reficiatur.

Der Berechtigte kann sich wegen dieser Adminiculorum, wenn ihm bey deren Gebrauche Hindernisse in den Weg gelegt werden, nicht nur der actio confessoria, sondern auch der dazu eingeführten Interdicte bedienen. Ulpian lehrt dieses ausdrücklich, wenn er *L.* 4. §. 5. *D. si servitus vindic.* sagt: Si quis mihi itineris, vel actus, vel viae controversiam non faciat, sed reficere, sternere non patiatur, *Pomponius* libro eodem scribit, *confessoria actione* mihi utendum. — Sed de refectione viae et *interdicto* uti possumus, quod *de itinere actuque reficiendo* competit. Eben dieser Ulpian sagt *L.* 3. §. 12. *D. de itin. actuque priv.* Utilitas suasit, hoc quoque *Interdictum* proponere: namque consequens erat, eum, *qui itinere utitur*, Interdictum proponere, *ut reficere possit.* Quemadmodum enim alias uti potest itinere vel actu commode, quam si refecerit? corrupto enim itinere, minus commode frui aut agi potest. Und *L.* 1. §. 1. *D. de rivis.* Hoc interdictum utilissimum est: nam nisi permittatur alicui reficere, alia ratione usu[46]) incommodabitur.

Ueberall wird jedoch vorausgesetzt, daß der Eigenthümer des berechtigten Guts aus Gelegenheit der Servitut nichts

46) Statt usu lesen manche usus; allein richtiger ist *usui* zu lesen. Vermuthlich gab die nichtverstandene Gemination *usuIncommodabitur* zu der unlateinischen Lesart Anlaß. S. *Io. Conr.* RÜCKERI Observation. quibus Florentina scriptura variis Pandectar. locis defenditur. Cap. III. §. 10. pag. 105.

nichts zum Nachtheil des Eigenthümers des dienstbaren Guts unternehme, was die Natur der Servitut nicht nothwendig erfordert [47]). Für einen natürlichen Schaden, welcher aus der rechtmäßigen Ausübung der Servitut zufällig entsteht, ist der Berechtigte nicht verantwortlich [48]).

47) *L. 4. §. 1. L. 5. §. 1. D. de itin. actuq. priv. L. 1. §. 10. D. de rivis.* WESTPHAL §. 569. et not. 506. pag. 361.

48) *L. 20. §. 1. D. de Servitut. praedior. rusticor.* und WESTPHAL §. 544.

Lib. VIII. Tit. II.

De servitutibus praediorum urbanorum.

§. 667.

Eigenheit der Servitutum urbanarum. Allgemeines Verzeichniß der in dem Röm. Recht erwähnten. Servitus *oneris ferendi* und *tigni immittendi.*

Real-Dienstbarkeiten stehen nun entweder einem Gebäude zu, oder einem solchen Grundstücke, das kein Gebäude ist. Jene werden *servitutes urbanae*, oder *iura praediorum urbanorum*, diese *servitutes rusticae* oder *iura praediorum rusticorum* genennt. Theophilus [49]) nennt die erstern δουλεῖαι τῶν οἰκιῶν, *servitutes aedium*; die letztern δουλεῖαι τῶν ἀγρῶν, *servitutes ruris.* Wie beyde unterschieden sind, ist schon an einem andern Orte [50]) gezeigt worden. Hier ist nur noch dies, als etwas Eigenes, zu bemerken, daß servitutes urbanae nicht immer die natürliche Freyheit einschränken, sondern oft diese wiederherstellen, wenn sie durch eine Servitut eingeschränkt war, wie z. B. servitus altius tollendi, und stillicidii non recipiendi [51]). Bey Häusern oder Gebäuden finden zwar meistentheils ganz an-

59) Paraphras. graeca ad §. 1. et 2. I. de Servitutib.

50) S. des 9. Theils 1. Abth. §. 622.

41) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts. §. 149. der 2. Aufl. oder §. 159. der 3ten.

andere Servituten Statt, als bey den sogenannten praediis rusticis; doch können manche Servituten, die sonst gewöhnlich nur rusticae sind, auch als urbanae constituirt werden. Z. B. servitus aquaeductus [52]), auch servitus itineris [53]). Letztere kann jedoch, als urbana, nur zur Tageszeit ausgeübt werden [54]). Folgende servitutes urbanae werden in den Gesetzen als die gewöhnlichsten angeführt. *Servitus oneris ferendi, tigni immittendi, projiciendi, protegendi, altius tollendi*, et *non tollendi, luminum*, et *ne luminibus officiatur, prospectus*, et *ne prospectui officiatur* [55]) *stillicidii aut fluminis recipiendi* vel *non recipiendi.* Daß jedoch eine weit größere Anzahl denkbar sey, hat keinen Zweifel. Beyläufig wird selbst in unsern Gesetzen noch mancher servitus urbana gedacht. Z. B. servitus fumi immittendi [56]).

52) *L. 11. §. 1. D. de publ. in rem. act. L. 18. et 19. pr. D. de servit. praed. urb.*

53) *L. 7. §. 1. D. Commun. praedior.*

54) *L. 14. D. eodem.* Iter nihil prohibet, sic constitui, ut quis *interdiu* duntaxat eat: quod fere *circa praedia urbana* etiam necessarium est. S. *Christph. Lud.* CRELL. Diss. de usu nocturno servitutum in praediis urbanis. *Vitemb. 1756.*

55) *§. 1. et 4. I. de Servitut. L. 1. 2. 12. et 33. D. de Servitut. praed. urban.*

56) *L. 8. §. 5. D. Si servitus vindic.* Aristo Cerellio Vitali respondit, non putare se ex taberna caseria *fumum* in superiora aedificia iure *immitti* posse, *nisi ei rei servitutem talem admittit.* HEINECCIUS in Diss. de causa servitutum perpetua §. 30. glaubt, die letztern Worte hätten keinen Sinn, wenn man nicht so liese: *etsi ea res servitutem talem admittat.* Allein, wenn gleich die Lesart in den alten Handschriften und Ausgaben verschieden ist, indem mehrere statt ei rei, *eius rei* lesen; und Haloan-

der

Da ihre Verschiedenheit nur durch ihre physische Beschaffenheit erzeugt wird, so ist das Rechtsverhältniß bey allen das nämliche, wo die Gesetze keine Ausnahme machen. Wir wollen hier nur die vorzüglichsten erklären.

1. *Servitus oneris ferendi.* Sie besteht in dem Rechte, die Last seines Gebäudes auf der Wand, oder Mauer, oder Säule, oder dem Gewölbe des Nachbars ruhen zu lassen[57]). Justinian sagt §. 1. *l. de servit.* Ut vicinus onera vicini sustineat. Man macht es dem Theophilus zum Vorwurf, daß er in seiner griechischen Paraphrase diese Worte, die doch, wie der Text in den Institutionen unverkennbar lehrt, nur eine besondere Art der servitutum urbanarum andeuten sollen, für den allgemeinen Begriff dieser Servituten gehalten habe[58]). Allein mit Unrecht. Theo-

der *nisi ei rei servitus talis admittatur* hat; so läßt sich doch die florentinische Lesart ganz gut erklären. Nämlich *ei rei* ist soviel als eius rei causa; und *admittit* geht auf den, qui superiora aedificia inhabitat, wie diese Worte ganz richtig in der Gebauerischen Ausgabe des Corpus iuris erklärt werden. Man vergleiche auch *Ios.* NERII Analector. Lib. II. cap. 34. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* T. II. p. 372.)

57) Das Recht, unter einem fremden Gebäude einen Keller zu haben, will Struben in den rechtlichen Bedenken 4. Band Bed. 158. ebenfalls als eine dem Herrn des Hauses zukommende servitus oneris ferendi ansehen. Allein es kann dies eine eigne Servitut seyn, bey welcher der Eigenthümer des Kellers dominans ist. S. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 62. Not. 1. der 3. Aufl.

58) *Franc.* BROEUS in Expositionib. ad Iustin. Institut. Lib. II. Tit. 3. §. 12. MARCILIUS ad §. 1. I. de Servitut. (in *Iani a* COSTA *Commentar.* pag. 190.) und *Io.* DOUJAT ad §. 3. Paraphras. Theoph. de reb. corporal. et incorp. (in der Reitzischen Ausgabe Tom. I. pag. 264.)

Theophilus sagt nämlich: Καὶ ποῖαί εἰσι δουλεῖαι τῶν οἰκιῶν; τὸ ἀνέχεσθαί με τῶν βαρῶν τοῦ γείτονος. i. e. *Et quaenam sunt servitutes aedium? ut onera vicini sustineam.* Nun führt zwar Wilh. Otto Reitz[59]) zur Vertheidigung des Theophilus an, daß Justinian selbst die servitus oneris ferendi und tigni immittendi für eine und dieselbe Servitut gehalten zu haben scheine. Allein wie kann ein solcher Irrthum, der doch wirklich gar nicht vorhanden ist, dem Paraphrasten zur Entschuldigung gereichen? Es lehrt vielmehr der ganze Zusammenhang, daß Theophilus hier nicht noch einmal den Begriff von servitutes aedium angeben wollte, den er schon vorher in den Worten: αἵτινες συνήνωνται τοῖς οἰκοδομήμασι, i. e. quae aedificiis inhaerent, deutlich genug bestimmt hatte; sondern seine Absicht war, nach Anleitung des Textes, die gewöhnlichsten Arten von diesen Servituten anzuführen. Wenn nun Theophilus fortfährt: Εἰσὶ δὲ αὗται, so sind diese Worte nicht so zu verstehen, als ob er nun erst die servitutes aedium selbst namentlich angeben wollte. Nein! die Uebersetzung: sunt *autem* hae, ist offenbar unrichtig. Die Partikel δὲ heißt nicht blos autem, sondern sehr häufig, besonders beym Theophilus, soviel als porro oder item; und so hängt alles mit dem Text der Institutionen genau zusammen.

Schon oben (S. 16. f.) ist von dieser Servitut das Besondere bemerkt worden, daß jeder Eigenthümer des damit belasteten Gebäudes das Gemäuer, worauf das Gebäude des Berechtigten ruht, unterhalten und reparirem

59) In seiner Ausgabe der Paraphrase. Hag. 1751. 4. Lib. II. Tit. 3. §. 1. not. o. pag. 268.

lassen müsse, sofern es nämlich bey Errichtung der Servitut ausbedungen worden ist [60]). Entstehen Zweifel über die Art der Reparatur, so entscheidet der Vertrag, oder der ehemalige Fuß, wie nämlich die Mauer zu der Zeit beschaffen war, da die Servitut constituirt wurde [61]). Verbessert kann die Mauer zwar immer werden, allein auf keine Weise ist es dem Eigenthümer erlaubt, sie schlechter herzu-

60) Man stritte anfangs darüber, ob ein solcher Vertrag auf eine, jeden Besitzer der dienenden Sache verpflichtende Art, eingegangen werden könne, weil es der Natur einer Servitut, als welche nicht in faciendo bestehen kann, entgegenstreitet. Die bejahende Meinung des Servius behielt jedoch die Oberhand in den Gerichten. *L. 6. §. 2. D. Si servit. vind.* Diese Controvers hatte noch eine andere zur Folge, nämlich die, ob die Klage bey der Servitus oneris ferendi eine blos persönliche, oder, der dabey stattbabenden Verpflichtung zur Reparatur ungeachtet, die dingliche actio confessoria sey? Man entschied jedoch für das Letztere, weil denn doch die Klage hauptsächlich auf Anerkennung der Servitut gerichtet wird, und die Verpflichtung zur Reparatur nur als ein Consequens zu betrachten ist. Das Besondere aber dabey ist, daß die actio confessoria, wenn sie der Reparatur wegen angestellet wird, nicht wider jeden Besitzer, sondern nur gegen den Eigenthümer der dienenden Sache Statt findet. So wird nun die *L. 6. §. 3. D. eodem.* verständlich seyn, wo es heißt: Haec autem actio *in rem* magis est, quam *in personam*, et non alii competit, quam domino aedium, et adversus dominum. Gegen den Usufructuar wird dem Eigenthümer des berechtigten Hauses die Klage ausdrücklich abgesprochen. *L. 1. §. 1. D. de servit. praed. urb.* S. oben §. 661. Not. 57. S. 26. und WESTPHAL §. 594. Not. 525. b)

61) *L. 6. §. 1. D. Si servit. vindic.*

herzustellen, als sie vorher war [62]). Es steht jedoch dem Eigenthümer des dienenden Gebäudes frey, die lasttragende Sache zu derelinquiren, und sich hierdurch von der übernommenen Verbindlichkeit der Ausbesserung zu befreyen [63]). Auf jeden Fall muß aber der Eigenthümer des berechtigten Gebäudes für die Unterstützung desselben während der Reparatur selbst sorgen [64]).

II. *Servitus tigni immittendi*, welche in dem Rechte besteht, die Balken meines Gebäudes in die Wand oder Mauer meines Nachbars einzuschieben, und darin ruhen zu lassen [65]). Diese Servitut wird von der vorigen ausdrücklich unterschieden, und Ulpian [66]) macht diesen Unterschied besonders durch die Bemerkung practisch, daß bey derselben jener singuläre Satz wegen der Reparatur nicht Statt finde. Sind die Balken unbrauchbar geworden, so ist es zwar dem Berechtigten unverwehrt, solche mit neuen zu ersetzen. Denn dies bringt nicht nur die causa perpetua der Servitut mit sich, sondern gehört auch zu den Adminiculis, die der Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks dem

62) *L. 6. §. 7. D. eod.* Parietem autem *meliorem* quidem, quam in servitute impositum est, facere licet: *deteriorem* si facit, aut per hanc *actionem* (sc. confessoriam) aut *per operis novi nunciationem* prohibetur.

63) *L. 6. §. 2. in fin. eodem.*

64) *L. 8. pr. D. eod.*

65) *L. 8. §. 1. D. eodem. L. 242. §. 1. D. de Verbor. Signif.* IMMISSUM est, quod ita fieret, ut aliquo loco requiesceret, veluti tigna, trabes, quae immitterentur. TIGNUM heißt nach *L. 62. D. de V. S.* Omne genus materiae, ex qua aedificium constat.

66) *L. 8. §. 2. D. Si servit. vindicet.*

dem Berechtigten gestatten muß. Dahingegen ist es demselben keinesweges erlaubt, in der Folge, um sein Gebäude zu erweitern, mehrere Balken, als ihm anfangs bewilliget waren, einzulegen. Nur dies ist der wahre Sinn der Worte in der *L.* 14. *pr. D. Si servit. vindic.* welche folgendergestalt lauten: Si, cum meus proprius esset paries, passus sim te immittere tigna, quae antea habueris, *si nova velis immittere*, prohiberi a me potes: immo etiam agere tecum potero, *ut ea*, *quae immiseris*, *tollas.* Unter *nova tigna* können also hier keine anderen, als tigna plura verstanden werden, wie die vorhergehenden Worte: *quae antea habueris*, außer Zweifel setzen. Diese Erklärung rechtfertiget sich auch schon dadurch von selbst, daß eine Servitut nicht contra statutam formam et modum ausgeübt werden darf [67]).

§. 668.

Servitus *proiiciendi* und *protegendi.*

III. *Servitus proiiciendi.* Sie ist das Recht, einen Ausbau, z. B. einen Balcon, Erker, oder eine Gallerie, von seinem Gebäude über das Grundstück des Nachbars hervorragen zu lassen, ohne daß solcher auf dem letztern irgend wo

67) *L.* 11. *pr. D. Quemadm. servit. amitt.* Non conceditur plus, *quam pactum est*, in servitute habere. *L.* 12. §. 1. *C. de aedif. privat.* Qui proprias domus renovare cupiunt, *veterem formam non excedant.* S. Münter von Servituten 1. Th. §. 15. Ist das Tramrecht auf eine unbestimmte Art verliehen worden, so behauptet VOET in Commentar. ad Pand. h. t. §. 2. daß der Eigenthümer des berechtigten Gebäudes auch mehrere Balken in die dienstbare Mauer hineinlegen dürfe, als bisher darin befindlich gewesen sind.

wo aufruht. Javolen [68]) sagt, Labeo habe das *Projectum* vom *Immissio* so unterschieden: quod *projectum* esset id, quod ita proveheretur, ut nusquam requiesceret, qualia maeniana [69]) et suggrunda [70]) essent. Eigentlich nur eine besondere Art davon ist

V. die *Servitus protegendi*, oder das Recht ein Wetterdach von meiner Wand aus über meines Nachbars Grundstück in seinen Luftraum hervorragen zu lassen. Der Ausdruck protectum habere supra domum alienam kommt L 29. §. 1. *D. ad Leg. Aquil.* vor; und Cicero sagt in *Topic. c.* 4. Quod parietis communis tegendi causa proiicitur, ut ex tecto eius, aedes qui protexisset, aqua deflueret [71]). Beyde Servituten beruhen auf dem Grund-

68) *L.* 242. *§. 1. D. de verb. signif.*

69) *Maeniana* sind nichts anders, als Balcons, offene Gallerien, und Erker an den Gebäuden. Nach FESTUS und ISIDORUS Origin. Lib. XV. c. 3. soll der Name von dem Censor MAENIUS oder MENIANUS herrühren, welcher zuerst dergleichen Gallerien auf dem Markt der öffentlichen Spiele wegen anlegen ließ, die auf Säulen ruheten.

70) Eigentlich *subgrundae*, wie auch Haloander liefet. Denn *subgrunda* heißt ein Vordach, oder Wetterdach.

71) Ueber die Lesart dieser Stelle ist man jedoch im Streit. Man sehe vorzüglich *Ge. D'*ARNAUD vitae Scaevolarum §. 21. pag. 62. et ad Eundem *Heinr. Io.* ARNTZENIUS not. h. pag. 63. sq. Ich bemerke nur noch, daß *paries communis* bey Cicero nicht durch gemeinschaftliche Wand, sondern Scheidewand zu übersetzen ist. D'Arnaud sagt a. a. O. pag. 65. ganz recht: *Communem parietem* censeo hic appellari, qui uni duntaxat aedificio proprius, sed omnibus eius partibus communis, quales sunt extremi et externi parietes. In dieser Bedeutung kommt dieser Ausdruck auch *L. 4. §. 10. D. fin. regund.* vor.

Grundsatz, daß der Luftraum über meinem Grundstücke als mein Eigenthum anzusehen ist, über welche sich Niemand eine Verfügung anmaßen darf, der nicht deshalb eine Servitut erworben hat. Deswegen sagt sogar Alfenus *L.* 17. *pr. D. Si servit. vindic.* Si quando inter aedes binas paries esset, qui ita ventrem faceret, ut in vicini domum *semipedem* aut amplius procumberet: agi oportet, *ius non esse, illum parietem ita projectum in suum esse invito se.* Nach dieser Stelle kann ich also, wenn sich die Wand meines Nachbars gesenkt, und auch nur einen halben Fuß über ihr Fundament hinaus in mein Grundstück herüber gelehnt hat, mit der actio negatoria auf Herstellung der geraden Linie klagen, weil man schon dies als Anmaßung einer servitus proiiciendi ansehen kann [72]). Eigenmächtige Destruktion des projecti ist mir jedoch nicht erlaubt, sondern wird als ein damnum iniuria datum angesehen [73]).

§. 669.

72) Man vergleiche über diese Stelle *Car. Christph.* HOFACKER Diss. ad fragmenta, quae ex Alfeni Vari libris 40. Dig. supersunt. (*Tubingae 1775.*) pag. 12. sq.

73) *L.* 29. §. 1. *D. ad Leg. Aquil.* Si protectum meum, quod supra domum tuam *nullo iure* habebam, recidisses, posse me tecum *damni iniuria agere*, *Proculus* scribit: debuisti enim mecum, *ius mihi non esse protectum habere*, agere: non esse aequum, damnum me pati, recisis a te meis tignis. Anders verhält sich die Sache bey der *servitus tigni immittendi.* Hier sagt Pomponius *L.* 27. *pr. D. h. t.* Sed si inter me et te communes sunt Titianae aedes, et ex his aliquid non iure in alias aedes meas proprias *immissum sit*, nempe tecum mihi agere licet, aut *rem perdere.* Cujaz ad h. L. will zwar den Ausdruck rem perdere durch libertatem praedii amittere erklären. Allein diese Erklärung ist offenbar unrichtig, wenn man damit die angeführte *L.* 29. §. 1. *ad L. Aquil.* vergleicht, wo der Grund

§. 669.

Servitus altius tollendi et non tollendi.

VI. Servitus *altius tollendi* und *non tollendi* [74]). Was man sich von diesen Servituten für einen Begriff machen soll, ist unter den Auslegern des Römischen Rechts sehr streitig [75]). Am gewöhnlichsten, und gewiß auch am natürlichsten erklärt man sie so, daß man sagt,

1) die *Servitus altius tollendi* bestehe in dem Rechte, vermöge dessen mein Nachbar leiden muß, daß ich mein Haus

Grund dieses Unterschiedes angegeben wird. Interest enim, sagt Ulpian, quod hic in suo protexit, ille in alieno fecit. *Rem perdere* heißt also hier vielmehr: opus factum propria auctoritate destruere, wie *Franc.* DUARENUS in Comm. ad L. 27. cit. POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. I. Tit. Si servit. vindicet. Nr. XV. not. c. pag. 270. *Ger.* NOODT ad Leg. Aquiliam libr. sing. cap. 19. (*Operum* Tom. I. pag. 169) und WESTPHAL de servitut. praed. §. 536. not. 483. diese Worte richtiger erklärt haben. *Io.* VOET in Comm. ad Pandect. h. t. §. 4 hat den Unterschied zwischen tigni immissio und protectio et projectio ebenfalls bemerkt.

74) §. 1. *I. de servitutib.* §. 2. *I. de action.* *L.* 2. *D. de servit. praed. urb.* *L.* 7. *D. Commun. praed.* *L.* 4. §. 7. *et* 8. *D. Si servit. vindic.* *L.* 5. *D. eodem.* *L.* 8. *et* 9. *C. de servitut.*

75) Man sehe *Io. Ge.* ESTORIS Commentat. continens observationes varias de altitudine aedium Romanar. deque civium multitudine ad illustrandam servitutem altius tollendi et altius non tollendi. *Lipsiae 1736. 4.* *Io. Henr. Christ. de* SELCHOW Diss. de servitute altius tollendi romana, eiusque ad Germaniam habitu. *Goettingae 1755.* *Henr. God.* BAUER Diss. de servitutis altius tollendi vera notione. *Lipsiae 1762.* *Chr. Henr.* BREUNING specim. capit. iuris controv. de servitute altius tollendi. *Lipsiae 1766.* und Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 361.

Haus höher baue, als es sonst vermöge bestehender öffentlicher, jedoch blos den Vortheil der Nachbarn bezweckender Gesetze, oder vermöge eines unter den Nachbarn vorher eingegangenen, die Freiheit höher zu bauen beschränkenden Vertrags, oder vermöge einer vorhandenen Verjährung, wodurch diese natürliche Freyheit verlohren gieng, geschehen dürfte.

2) Die *Servitus altius non tollendi* hingegen sey das Recht, meinem Nachbar das Höherbauen in seinem Eigenthum zu verbieten, oder zu verbieten, daß er einen neuen Bau nicht über eine durch Uebereinkunft bestimmte Höhe aufführe[76]).

Nach diesen Begriffen läßt sich also die *Servitus altius tollendi* auf verschiedene Art gedenken.

1) Wenn Gesetze vorhanden sind, welche die natürliche Freiheit, sein Gebäude zu einer willkührlichen Höhe aufzuführen, zum Besten der Nachbarn beschränken. Dergleichen Gesetze gab es bey den Römern ohne Zweifel, und zwar a) solche, welche eine gewisse Höhe der Häuser bestimmten, die anfangs gar nicht, in der Folge aber nur nicht ohne Einwilligung des Nachbars überschritten werden durfte. Bekannt sind die Verordnungen der Kaiser Augustus, Nero, Trajan und Zeno[77]). Zwar scheinen ver-

76) *L. 11. §. 1. et L. 23. §. 1. D. h. t.* Vid. *Lud.* CHARONDAE Πειδανῶν seu Verisimil. Lib. I. cap. 5. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. I. pag 696.) *Ulr.* HUBERI Praelection. ad Instit. Lib. II. Tit. 3. §. 11. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 2. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1089. et 1090.

77) SUETONIUS in *Augusto* cap. 89. STRABO *Lib. V.* pag 359. edit. *Almelov.* PLINIUS *Histor. natur.* Lib. XXXIV. cap. 14. TACI-

verschiedene Stellen in den Pandecten eine unbestimmte Höhe der Häuser auch ohne Servitut zu erlauben. Denn so sagt

1) Ulpian *L.* 9. *D. h. t.* Cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat, nulla competit actio. Nach dieser Stelle soll also nur eine Servitut das Höherbauen, wodurch des Nachbars Licht verdunkelt wird, untersagen können. Bedürfte es wohl einer Servitut, um dem Nachbar das Höherbauen zu verwehren, wenn der Klage schon ein untersagendes Gesetz zum Grunde gelegt werden könnte?

2) L. 11. §. 1. *D. eodem.* Si inter te et vicinum tuum non convenit, ad quam altitudinem extolli aedificia,

TACITUS *Annal.* Lib. XV. cap. 43. AURELIUS VICTOR in *Trajano* cap. 13. Das neueste Gesetz ist die nicht glossirte *L. 12. Cod. de aedif. priv.* welche auch Justinian *L. 13. C. eodem* unter dem Namen der constitutio *Zenonis*, quae *de servitutibus* loquitur, ausdrücklich bestätiget hat. In dieser Constitution heißt es §. 4. Haec autem observari volumus, (er bestimmte nämlich eine Höhe der Häuser von 100 Fuß) *quando nullum adest pactum*, quod aedificare volentem adjuvet. Qui autem *ex pacto vicini* aedificant, intra definitum ab eis modum aedificent: *tunc enim et eo non custodito spatio permittimus attollere aedificia*, etiam si prospectum adimant iis, qui contenserunt, et pacti sunt, aut qui in eorum domos successerunt; quandoquidem competentia iam quibusdam ex conventione iura, per generalem auferri legem non oportet. S. *Io.* MEURSIUS de luxu Rom. c. 12. *Iust.* LIPSIUS de magnitud. urb. Romae. Lib. III. c. 4. *Io.* VOSSIUS de magnit. Rom. vet. c. 6. (Tom. IV. *Thes. Graeviani*). *Io. Gottl.* HEINECCIUS Antiquit. Rom. Lib. II. Tit. 3. §. 7. und WESTPHAL de servitut. praedior. §. 3. not. 2. et §. 111. et not. 109.

ficia, quae facere instituisti, oporteat, arbitrum accipere poteris. Wozu bedurfte es einer richterlichen Bestimmung, hätte diese das Gesetz schon festgestellt gehabt?

3) *L.* 21. *D. eodem.* wo Paulus sagt: Cujus aedificium iure superius est, *ei ius est in infinito supra suum aedificium imponere*: dum inferiora aedificia non graviore servitute oneret, quam pati debent. Wer also einmal das höhere Haus besitzt, der mag fortbauen, so lange es ihm gut dünkt. Er ist an keine bestimmte Gränze gebunden. Ja daß ohne die Servitus, ne luminibus officiatur, ein unbegränztes Höherbauen erlaubt gewesen sey, scheint vollends

4) *L.* 10. *D. h. t.* ausser Zweifel zu setzen, wo gesagt wird: Qui binas aedes habebat, si alteras legavit, *non dubium est*, *quin heres alias possit altius tollendo obscurare lumina legatarum aedium*; welches endlich

5) durch die *L* 8. *C. de Servitut. et aqua* nochmals bestätiget wird, wo es heißt: Altius quidem aedificia tollere, *si domus servitutem non debeat*, dominus eius minime prohibetur.

Allein alle diese Stellen sind dennoch der angegebenen Idee von der Servitus altius tollendi nicht entgegen. Denn

1) die *L.* 9. *D. h. t.* will offenbar nur soviel sagen, wenn mein Haus mit keiner Servitut wegen des Höherbauens beschwert ist, so darf mir mein Nachbar solches nicht verbieten, wenn ihm auch gleich dadurch das Licht ver-

verdunkelt würde, sofern ich nur nicht die gesetzmäßige Gränze überschreite [78]).

2) Die *L.* 11. §. 1. *D. h. t.* redet von einem solchen Falle, wo bey der servitus altius non tollendi ein Streit entstand, wie hoch der Nachbar das neue Gebäude aufführen dürfe. Es ist also hier von einer servitus altius tollendi gar keine Rede, wie auch Westphal [79]) schon bemerkt hat.

3) Ueber den Sinn der Worte in der *L.* 24. *D. h. t.* aedificium iure superius sind zwar die Ausleger sehr verschiedener Meinung. Cujaz [80]) und Pothier [81]) verstehen sie von dem Falle, wo dem Gebäude die servitus altius tollendi zusteht. Nehmen wir diese Erklärung an, so würde sich der Zweifel von selbst heben. Allein Paulus muß vielmehr von der servitute tigni immittendi verstanden werden, wie auch Anton Faber [82]) bemerkt hat. Dies erhellet deutlich aus der Verbindung mit der folgenden *L* 25. *D. eod.* wo es heißt: Hoc quod dictum est, (nämlich in dem vorhergehenden Fragment) *de immissis locum habet ex aedificio alio in aliud:* aliter enim supra alienum aedificium *superius* habere nemo potest. Zwar ist diese Stelle ein Fragment vom Pomponius. Allein merkwürdig ist es, daß beyde Fragmente aus den Commentaren dieser beyden

78) S. *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 5. Et ita res habeat. p. 531. und WESTPHAL §. 4. not. 2.

79) De servitut. praed. §. 599.

80) Commentar. ad h. L. 24. D. h. t.

81) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. nr. III. not. c. et d. pag. 262

82) Conjectur. iuris civ. Lib. XIX. cap. 15. pag. 741.

beyden Rechtsgelehrten über den Sabinus entlehnt sind, und zwar scheint Pomponius Lib. 33. ad Sabinum über dieselbe Lehre des Sabinus commentirt zu haben, von welcher Paulus libro 15. ad Sabinum handelte. Dies lehren auch die Inscriptionen der Stellen, welche sich in dem 8. Buche der Pandecten aus des Paulus und Pomponius *libris ad Sabinum* befinden. Vergleicht man nun noch zur Erläuterung die *L.* 8. §. 1. *D. Si servit. vindicet.* wo es heißt: Competit mihi actio adversus eum, qui cessit mihi talem servitutem: *ut in parietem eius tigna immittere mihi liceat, supraque ea tigna* (verbi gratia) *porticum ambulatoriam facere, superque eum parietem columnas structiles imponere, quae tectum porticus ambulatoriae sustineant*; so liegt jetzt der Sinn der L. 24. ganz klar vor Augen. Paulus will nämlich soviel sagen, wer die servitus tigni immittendi hat, ist zwar so wenig in Absicht auf die Höhe als Schwere der Belastung auf ein bestimmtes Maas beschränkt, er darf aber doch das dienende Gebäude des Nachbars nicht dergestalt beschweren, daß es durch die Größe der Last beschädiget, und gar in die Gefahr des Einsturzes gebracht würde [83]). Denn es tritt hier die Regel ein, welche Paulus giebt *L.* 20 §. 5. *D. h. t.* Omnino sciendum est, *meliorem vicini conditionem fieri posse, deteriorem non posse.* Ganz unrichtig erklärt daher Westphal [84]) die

83) Diese Erklärung wird auch durch die *Basilica* bestärkt, in welchen Tom. VI. Lib. LVIII. Tit. 2. Constit. 24. pag. 768. unsere Stelle folgendermaßen lautet: Ὁ ἔχων τὰ ἀνώγεα, τοῖς ἰδίοις ἐπικτίζει ὅσον θέλει, μὴ βαρῶν μέν τοι τὰ κατώγεα ὑπὲρ δυνάμιν. i. e. *Qui habet aedificia superiora, quantum vult, suis imponit; dum inferiora non supra, quam ferre possint, oneret.*

84) §. 599. not. b. pag. 385.

die L. 24. von der natürlichen Freyheit des Grundstücks. Ihm ist *aedificium iure superius*, cui non imposita servitus altius tollendi. Allein schon Harmenopulus [85]) hätte ihn eines Andern belehren können, welcher diese Stelle so übersetzt: Οὗτινος τα οικηματα δικαιῳ δουλειας ὑπερκειται, etc. i. e. *Cujus aedes iure servitutis superiores sunt* etc. Aus allem erhellet indessen soviel, daß die L. 24. der angenommenen Idee von der servitus altius tollendi im mindesten nicht widerstreite. Eben so wenig schließen endlich

4) die *L.* 10. *D. h. t.* und *L.* 8. *Cod. de servitut.* eine gesetzmäßige Beschränkung des Höherbauens aus. Denn daß wirklich ein modus altitudinis usitatus bey den Römern vorhanden gewesen sey, setzt das Reskript der Kaiser Sever und Antoninus *L.* 1. *Cod. de aedificiis privatis* außer allem Zweifel.

b) Noch auf eine andere Art ist die natürliche Freyheit höher zu bauen zum Besten des Nachbars in den Röm. Gesetzen beschränkt, ohne dabey auf eine bestimmte Höhe Rücksicht zu nehmen, nämlich wenn dadurch der nöthige Luftzug auf der Dreschtenne des Nachbars verbauet werden würde. Justinian verordnet nämlich *L. ult.* §. 1. *C. de servitut* Cum autem apertissimi iuris est, fructus aridos conculcatione, quae in area fit, suam naturam et utilitatem ostendere: aliquis vicinum suum vetabat, ita aedificium extollere iuxta aream suam, ut ventus excluderetur, et paleae ex huiusmodi obstaculis secerni

85) Προχειρ. Lib. II. Tit. 4. nr. 62. (in *Supplemento Thes. Meerman.* pag. 136.) Man vergleiche auch *Io. Conr.* RÜCKERI Observation. Cap. III. §. 7. pag. 102. sq. und FEUERBACHS *civilist. Versuche* 1. Th. S. 44. ff.

ni a frugibus non poſſent, quaſi vetito vento ſuam vim per omnem locum inferre ex huiusmodi aedificatione, cum ſecundum ſitum regionis, et auxilium venti aream accedit. *Sancimus itaque, nemini licere ſic aedificare, vel alio modo verſari, ut idoneum ventum et ſufficientem ad praefatum opus infringat, et inutilem domino aream et fructuum inutilitatem faciat* [86]). Erlaubt nun dennoch der Eigenthümer der Dreſchtenne ſeinem Nachbar ein Gebäude aufzuführen, wodurch ihm der Luftzug benommen wird, ſo entſteht daraus ebenfalls, wie Donellus [87]) ganz richtig bemerkt, eine ſervitus altius tollendi. Außer ſolchen geſetzlichen Beſchränkungen läßt ſich dieſe Servitut auch

2) dann gedenken, wenn die Freyheit höher zu bauen vorher durch einen unter den Nachbaren eingegangenen Vertrag war eingeſchränkt worden, und nun dieſe Freyheit wieder erlangt wird. Ein Beyſpiel hiervon giebt Pomponius *L.* 21. *D. h. t* wo es heißt: Si domus tua aedificiis meis utramque ſervitutem deberet, *ne altius tolleretur*, et ut ſtillicidium aedificiorum meorum recipere deberet, et tibi conceſſero, *ius eſſe*, *invito me*, *altius tollere aedificia tua*: quod ad ſtillicidium meum attinet, ſic ſtatui debebit, ut, ſi altius ſublatis aedificiis tuis ſtillicidia mea cadere in ea non poſſint, ea ratione altius tibi aedificare non liceat; ſi non impediantur ſtillicidia mea, *liceat tibi altius tollere.* Hofacker [88]) giebt noch

mehr

86) Dieſe L. ult. iſt eine von den 50 Deciſionen des Kaiſers Juſtinian. S. *Em.* MERILLII Expoſit. in L. Deciſion. Iuſtin. Nr. XLVIII.

87) Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 5. pag. 532.

88) Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1090. not. b.

mehrere Stellen an, nämlich *L.* 26. *pr. D. de except. rei iudicatae* und *L* 20. *pr. D. de servitut. praed. rustic.*, welche aber keine treffende Beyspiele enthalten. In der oben angeführten *L.* 21. *h. t.* ist zwar von einem solchen Falle die Rede, wo der Nachbar, welcher mir das Höherbauen verbieten konnte, durch einen neuen Vertrag mir dieses Recht wieder eingeräumt hat. Es hat indessen keinen Zweifel, daß diese Freyheit auch durch Verjährung wieder erlangt werden könne [89]). Nur kann deswegen nicht mit **Anton Faber** [90]) und **Christoph Ludwig Crell** [91]) die *Servitus altius tollendi* bloß in einer Usucapion der Freyheit höher zu bauen, wenn sie vorher durch eine von dem Nachbar erworbene Servitut eingeschränkt war, gesetzt werden. Denn kann per consequentiam necessariam die Servitus altius tollendi aus der Usucapion der Freyheit entstehen, warum nicht auch durch einen neuen mit dem Nachbar geschlossenen Vertrag, wodurch er sich seines Servitutrechts zu meinem Vortheil begiebt? Es kann endlich

3) die Freyheit höher zu bauen auch durch eine Verjährung verlohren gegangen seyn, wodurch mein Nachbar die Servitus altius non tollendi erworben hatte. Räumt mir nun dennoch mein Nachbar dieses Recht wieder ein, so entsteht hieraus ebenfalls eine *Servitus altius tollendi.*

89) *L. 1. Cod. de servitut. L. 4. §. 29. D. de usurpat. et usucap.*

90) Conjectur. iuris civ. Lib. XIX. Cap. 15. pag. 742.

91) Diss. servitutem altius tollendi in usucapione libertatis consistere. *Vitembergae 1733.*

Abweichend von dieser Vorstellungsart sind nun freylich die Ideen vieler Rechtsgelehrten. Nach einigen [92]) soll die Servitus altius tollendi und non tollendi eine und dieselbe Servitut seyn. Sie sagen, eine Servitus altius tollendi lasse sich gar nicht anders gedenken, als wenn das Recht höher zu bauen, welches jedem Eigenthümer schon vermöge der natürlichen Freyheit, und also ohne Servitut, von selbst zusteht, zugleich mit dem Rechte verbunden ist, dem Nachbar das Höherbauen in seinem Eigenthum zu verbieten. Diese Servitut werde nur in Rücksicht des herrschenden Guts, dem sie zusteht, *Servitus altius tollendi*, hingegen in Rücksicht des dienstbaren *Servitus altius non tollendi* genennt. Allein diese Meinung wird dadurch widerlegt, 1) daß diese beyden Servituten in den Gesetzen überall genau von einander unterschieden werden. So sagt ausdrücklich Cajus *L.* 2. *D. h. t.* Urbanorum praediorum iura talia sunt: *altius tollendi et officiendi luminibus vicini, aut non extollendi.* Eben so Paulus *L.* 7. *D. Communia praedior.* Interpositis quoque alienis aedibus imponi servitus potest, velut *ut altius tollere vel non tollere liceat* [93]). 2) Kann zwar allerdings die Servitus altius non tollendi unter der Servitus altius tollendi, als adminiculum, begriffen seyn, insofern sonst dieselbe dem Berechtigten unnütz seyn würde. Allein dewe-

92) *Franc.* CONNANUS Commentar. iuris civ. Lib. IV. cap. 7. BACHOVIUS de actionib. Disp. II. Th. 22. et ad TREUTLERUM Vol. I. Disp. XVII. Th. 3. TITIUS in Iure privat. Lib. III. cap. 14. §. 3. und *God. Lud.* MENCKEN Exercit. qua non dari servitutem altius tollendi contenditur. *Vitembergae 1724.*

93) Man sehe noch *L.* 4. §. 7. *et* 8. *L.* 5. *et L.* 6. *D. Si servit. vindic. L.* 15. *D. de novi op. nunciat.*

wegen läßt sich nicht behaupten, daß derjenige, welcher die Servitus altius non tollendi auf seines Nachbars Hause hat, nun auch das seinige nach Gefallen höher bauen dürfte; und dann schränkt doch auch 3) die Servitus altius tollendi die Freyheit zu bauen auf Seiten des Servientis nur in soweit ein, daß dadurch die dem Berechtigten eingeräumte Servitut nicht unnütz gemacht werde [94]).

Nach andern [95]) soll die Servitus altius tollendi in dem Rechte bestehen, meines Nachbars Gebäude oder Mauer zum Nutzen meines Grundstücks auf meine Kosten erhöhen zu dürfen.

Allein dieser Ansicht widerstreitet §. 2. *I. de actionib.* und Theophilus in der griechischen Paraphrase über diese Stelle so offenbar, daß es nur darauf ankommt, was man dagegen einzuwenden versucht hat.

§. 2. *I. de actionib.* lautet folgendermassen. Aeque si agat quis, ius sibi esse fundo forte vel aedibus utendi fruendi, etc. in rem actio est. *Eiusdem generis* est *actio* de iure praediorum urbanorum: veluti si quis agat, *ius sibi esse altius* AEDES SUAS *tollendi*, prospiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini aedes. Contra quoque de usufructu, et de servitutibus praediorum

94) Man vergleiche hier noch besonders *Arn.* VINNII Commentar. ad §. 1. I. de servitut. nr. 6. et 7. wo diese Meinung ausführlich widerlegt ist.

95) VOET Commentat. ad Pand. h. t. §. 5. PAGENSTECHER Sicilim. ad *Lauterbachium*. Manip. I. pag. 70. HEINECCIUS Antiquitat. Rom. Lib. II. Tit. 3. §. 7. SAMMET Opuscul. pag. 62. und *Renat. Car. von* SENCKENBERG Meditation. iuridic. histor. Medit. 1.

diorum rusticorum, item praediorum urbanorum, invicem quoque proditae sunt actiones: ut si quis intendat, *ius non esse adversario* utendi fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi, item *altius tollendi*, prospiciendive, vel projiciendi, immittendive; illae quoque actiones in rem sunt, sed *negativae*.

Wenn hier Justinian zur Erläuterung der aus dem Rechte der Servitut entspringenden actio confessoria unter andern das Beyspiel giebt: ius sibi esse altius *aedes suas* tollendi, so glaubt Pagenstecher, es müßten damit die am Schluß der Periode stehenden Worte: *in vicini aedes* verbunden werden. Allein diese Erklärung streitet so offenbar gegen allen lateinischen Redegebrauch, daß sie nicht den mindesten Beyfall verdient. Denn wer hat je gesagt: *aedes tollere in alterius aedes*? Pagenstecher fühlte auch selbst in der Folge diese Ungereimtheit so lebhaft, daß er in seinen neuern Schriften seine Hypothese aufgab, und die oben angeführte natürlichere Erklärung annahm [96]).

Eine neue Erklärung giebt Freyherr von Senkenberg, um Pagenstechers Meinung gegen den ihr widerstreitenden § 2. *I. de action.* aufrecht zu erhalten [97]). Er meint nämlich, daß in diesem §. nicht von der Servitus altius tollendi, sondern vielmehr von dem die Rede sey, welcher vermöge seines freyen Eigenthumsrechts höher bauen will, von seinem Nachbar aber unter dem Vor-

96) Ad Institut. Tit. de servitut. Aphor. 52.

97) Meditationes max. in partem iurid. quinque (*Wezlariae 1789.*) Mantissa 3. pag. 174. sqq.

Vorgeben einer ihm zustehenden Servitut daran verhindert wird; denn auch dieser könne sich der confessorischen Klage bedienen. Allein ich zweifle sehr, ob auch diese sogenannte *nova* §. 2. *I. de action. explicatio* bey einer genauern Prüfung haltbar seyn möchte. Denn 1) würde ja in dem von **Senkenberg** untergelegten Falle nicht sowohl die actio confessoria, die aus dem Servitutrechte, sondern vielmehr die actio negatoria, die aus dem Rechte des freyen Eigenthums entspringt, Statt haben. Daß aber 2) **Justinian** in dem angeführten §. wirklich von der *Servitus* altius tollendi redet, setzen die Worte: Eiusdem generis (sc. actio in rem) est actio *de iure praediorum urbanorum*: veluti si quis agat, *ius sibi esse altius aedes suas tollendi*, ausser allem Zweifel; besonders wenn man damit 3) die griechische Paraphrase des **Theophilus** verbindet, wo es heißt: κομφεσσορίως κινῶ δὲ ἐπὶ δουλείας οἰκίας, οἷον ἐὰν κινῶ λέγων, δίκαιόν μοι προσεῖναι τοῦ εἰς ὕψος ἄιρειν τὴν ἐμὴν οἰκίαν. i. e. *Confessoria ago — etiam in servitute aedium, veluti si ago dicens, ius mihi competere in altum tollendi aedes meas.* **Senkenberg** beruft sich nun zwar zur Unterstützung seiner neuen Erklärung auf **Ulpian**, welcher *L.* 4. §. 7. *D. Si servit. vindic.* sagt: Habeo aedes, quibus sunt vicinae Sejanae et Sempronianae. Sempronianis servitutem debeo; adversus dominum Sejanarum volo experiri, altius me tollere prohibentem: in rem actione experiar. Licet enim serviant aedes meae, ei tamen, cum quo agitur, non serviunt. Hoc igitur intendo, *habere me ius altius tollendi, invito eo, cum quo ago*: quantum enim ad eum pertinet, liberas aedes habeo. Allein **Senkenberg** setzt offenbar hier etwas voraus, was sich schwerlich erwei-

sen

sen läßt, nämlich daß die actio confessoria auch Statt habe, wenn ich die Freyheit meines Grundstücks gegen fremde Anmaßung einer Servitut vindicire. Denn 1) sagt ja Ulpian unmittelbar vorher; Competit autem *de servitute actio* domino aedificii, *neganti servitutem se vicino debere*, cuius aedes non in totum liberae sunt, sed ei, cum quo agitur, servitutem non debent. Nach diesen Worten hat man wohl mehr Grund zu glauben, daß Ulpian von der actio negatoria rede, wenn man zumal damit die *L.* 2. *D. eodem* verbindet, wo Ulpian sagt: De servitutibus in rem actiones competunt nobis tam confessoria, quam negatoria. *Confessoria* ei, qui servitutes sibi competere contendit: *negatoria* domino, qui negat. Von dieser Klage verstehen auch Anton Faber[98]), Johann D'Avezan[99]), und Ferd. Aug. Hommel[100]) den Ulpian. Nun steht zwar noch der Zweifel entgegen, daß doch die Formel: *aio* oder *intendo*, *ius mihi esse*, *altius aedes meas tollendi*, in dem §. 2. *I. de action.* ausdrücklich der actio confessoria zugeeignet wird; daher wollen auch Franz Hotoman[1]), und Lud. Charondas[2]) den Ulpian wirklich von dieser Klage verstehen. Man

98) Rational. in Pandect. ad L. 5. §. 6. D Si serv. vind Tom. II. P. II. pag. 246.

99) Servitut. libr. P. VII. Cap. 2. §. Itaque in servitutibus (Tom. IV. *Thes. Meermaniani* pag. 199.)

100) Diss. de actione confessoria ex servitute, et negatoria ex libertate. (*Lipsiae 1721.*) §. 20.

1) Commentar. in Institut. iuris civ. ad §. 2. I. de actionib. pag. 431.

2) Παιδαν. seu Verisimil. Lib. I. cap. 5. (in *Thes. iuris Rom. Otton.* T. I. pag. 696.)

Man kann indessen immerhin auch diese Erklärung annehmen, und Senkenbergs Hypothese gewinnt dennoch dabey nichts, weil in dem letztern Falle die Servitus altius tollendi nach der oben angegebenen Erklärung zum Grunde gelegt wird. Hotoman sagt ausdrücklich: *Quid ergo illud est, quod modo dicebamus, ius aedes suas tollendi nonnunquam per in rem actionem petendum esse? Et respondetur, tum id faciendum esse, cum antea fuit servitus, quae postea remissa est. Cuius rei exemplum est in L. 21. D. de Servitut. praedior. urb. et L. 20. D. de servitut. rust. ubi casus exponuntur, quibus is, qui servitutem habebat in aedes vicini, ne altius tolleret, postea ius altius tollendi ei concesserat. Extat etiam exemplum in fin. L. 4. D. de usurpat. ubi Paulus loquitur de eo, qui cum servitutem deberet altius non tollendi, tamen per legitimum usucapiendi tempus altius aedificatum habuerat, itaque libertatem usuceperat.* Und eben so Charondas: *Altius tollendi servitus latissime patet. Si enim tuis aedes meae servitutem non tollendi, ne luminibus tuis officiam, debeant, atque ea pactionibus aliove modo peremta sit, aut certe, (exempli causa) ad decem pedes remissa. Nunc si aedificantem me illius (peremtae tamen aut ex parte remissae) servitutis iure prohibeas, competit in rem actio confessoria, qua in libertatem aedes meas asserens, ius mihi esse altius tollendi agam. Huc pertinet in non dissimili specie Ulpiani responsum L. 4. §. 7. D. Si servit. vindic. Cum ego, cuius aedes non in totum liberae sunt, Sempronianis non tollendi servitutem deberem, meoque praedio Sejanae vicinae essent, quorum dominus, suis quoque servitutem deberi ratus, altius me tollentem prohibuerit: in rem actione experiar, qua ius mihi aedes altius (quantum ad Sejum pertinet) tollendi,*

lendi, easque esse liberas intendam. Et tum quidem haec actio, licet asserendae libertatis causa institui videatur, est tamen pro servitute, confessoria. Beyde Erklärungen lassen sich also sehr wohl vereinigen, wenn man einen Unterschied macht, ob ich das Recht höher zu bauen, im Fall mich der Nachbar daran hindert, aus dem Rechte des freyen Eigenthums, oder aus dem Rechte einer zustehenden Servitut vindicire; in dem ersten Falle klage ich actione *negatoria*, in dem andern actione *confessoria*.

Ich will zum Beschluß noch einige Erklärungen von der Servitus altius tollendi und non tollendi aus den neuesten Schriften unserer heutigen Rechtsgelehrten hinzufügen.

Thibaut [3]) sagt: Die *S. altius non tollendi* sey, wenn man verspricht, nicht so hoch zu bauen, als man nach den Gesetzen darf. *Altius tollendi* aber, wenn man allgemein verspricht, ein Gebäude zum Vortheil des Nachbars nicht zu erniedrigen. Allein die *L.* 20. *D. h. t.* worauf er sich beruft, redet mit keinem Worte von der S. A. T., geschweige daß sie diesen der Benennung der Sache ganz entgegen streitenden Begriff begründen sollte; und Carpzov [4]), den er für sich anführt, hat die schon längst von andern verworfene, der Natur einer Servitut ganz zuwiderlaufende Idee, die ich mit seinen eigenen Worten hersetzen will: *Rectius dixeris ius altius tollendi referri inter servitutes, quando iure servitutis cogere possum vicinum, ut altius*

3) System des Pand. Rechts 2. B. §. 607. S. 48.

4) Iurispr. for. P. II. Constit. 41. Definit. 13. (nicht Definit. 10.) nr. 7.

tius tollat aedes suas, quia ex eo sentio utilitatem, cum prosit mihi ad arcendum impetum ventorum, vel ut praestet umbram eo loco, quo solem habere gratum non est. Carpzov hat hier nicht an die *L.* 15. §. 1. *D. de servitut.* gedacht.

Endlich noch Münters[5]) Idee. Ihm scheint es eine unrichtige Meinung zu seyn, daß Roms Gesetzgebung den Gebäuden eine bestimmte Höhe vorgeschrieben habe; und glaubt daher, daß statt der oben angegebenen Bestimmungen, als welche ihm nicht zu passen scheinen, folgende substituirt werden müßten. S. *altius tollendi* sey die Gerechtsame, ein Gebäude, selbst zum Nachtheil des Benachbarten höher aufzuführen, als es bis dahin war. Allein steht mir kein Gesetz, noch Vertrag, noch Verjährung entgegen, wodurch die natürliche Freyheit höher zu bauen beschränkt war, so ist die S. A T undenkbar. Denn wozu mich das Recht des freien Eigenthums befugt macht, deswegen brauche ich keine Servitut, wenn ich auch dem Nachbar dadurch schade. Die von ihm selbst angeführten *L.* 9. *et* 10. *D h. t* und *L.* 8. *C. de servitut* sagen dieses klar. — Die S *altius non tollendi* hingegen sey eine Befugniß, welche die natürliche Freyheit, nach Willkühr höher zu bauen, benimmt. Dieser Begriff ist von dem oben angegebenen nur den Worten nach unterschieden.

§. 670.

Servitus luminum et ne luminibus officiatur.

VI. *Servitus luminum* et *ne luminibus officiatur.* Ob mit diesen Benennungen nur eine und dieselbige

5) Von Servituten 1. Th. §. 32.

selbige Servitut, oder zwey von einander verschiedene Dienstbarkeiten bezeichnet werden, und worin sie eigentlich bey den Römern bestanden haben, ist unter den Auslegern des Römischen Rechts ebenfalls sehr streitig. Viele [6]) behaupten das erstere; die meisten [7]) aber halten sie für zwey ganz verschiedene Servituten, und erklären sie so: die *servitus luminum* sey das Recht in eine fremde oder gemeinschaftliche Wand Fenster zu machen, um seinem Gebäude dadurch Licht zu geben. Die *servitus ne luminibus officiatur* hingegen sey das Recht, meinem Nachbar zu verbieten, daß er in seinem Eigenthume nichts unternehme, wodurch mir das Licht, das mein Grundstück schon wirklich hat, genommen, oder auch nur vermindert wird. Die Beweisstellen für diese Meinung sind,

1) *L.* 4. *D. h. t.* wo Paulus (*lib.* 2. *Institutionum*) sagt: *Luminum servituie* constituta, id adquisitum videtur,

6) *Hug.* DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XI. cap. 5. pag. 529. *Ger.* NOODT Commentar. ad Pand. h. t. Tom. II. pag. 211. sqq. *Reinh.* BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. XVII. Th. 3. Lit. A. und *Frid. Es. a* PUFENDORF Animadversion. iuris. Nr. XXXIII.

7) *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. 6 et 7. *Franc.* CONNANUS Commentar. iur. civ. Lib. IV. cap. 10. pag. 270. *Io.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 9. 10. et 11. *God.* STRAUSS Diss. de servitute ne luminibus officiatur. *Vitemb. 1669. Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris Rom. sec. ord. Dig. h. t. §. 23—26. WESTPHAL de lib. et servitut. praedior. §. 603. et 604. *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. III. §. 358. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1089. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 437. Mäntner von Servituten §. 23.

videtur, ut vicinus lumina noſtra excipiat. Cum autem ſervitus imponitur, *ne luminibus officiatur*, hoc maxime adepti videmur, ne ius ſit vicino, invitis nobis altius aedificare, atque ita minuere lumina noſtrorum aedificiorum.

2) *L.* 40. *D. eodem.* Eos, qui *ius luminis immittendi* non habuerunt, *aperto pariete communi*, nullo iure *feneſtras immiſiſſe*, reſpondi. Aus Paulus lib. 3. Reſponſorum entlehnt.

3) *L.* 8. *Cod. de ſervitut. et aqua*, wo die Kaiſer Diocletian und Maximian an einen gewiſſen Anicetus folgendermaßen reſcribiren: Altius quidem aedificia tollere, ſi domus ſervitutem non debeat, dominus eius minime prohibetur. In *pariete* vero *tuo*, ſi *feneſtram* Iulianus vi vel clam *feciſſe* convincatur: ſumtibus ſuis opus tollere, et integrum parietem reſtituere compellitur.

Ueber die ſervitus, *ne luminibus officiatur*, iſt man, ſoviel ich weis, in dem angegebenen Begriff durchgehends einverſtanden, und ſo wäre denn von dieſer Seite kein weiterer Streit übrig. Nur die ſervitus *luminum* iſt der, an ſich unbedeutende, Gegenſtand eines mehr als hundertjährigen Streits, in welchem faſt jede Parthey ſich die Ehre des erfochtenen Sieges zuſchreibt. Es fragt ſich nämlich, ob die ſervitus *luminum* eine von der ſervitute, *ne luminibus officiatur* wirklich verſchiedene Realſervitut ſey, und ob der oben angegebene gemeine Begriff den angeführten Stellen des Römiſchen Rechts entſpreche, oder nicht? Was die erſte Frage anbetrifft, ſo iſt man nun damit völlig aufs

Reine.

Reine. In der That kündiget auch Paulus in der oben angeführten *L.* 4. *D. h. t.* durch das *autem* den Unterschied zwischen beyden Servituten so bedeutend und gewichtvoll an, daß es unbegreiflich ist, wie nach der gründlichen Widerlegung dieser auffallend irrigen Hypothese, welcher sie von Gottfried Strauß [8]) ist gewürdiget worden, ein scharfsinniger Pufendorf [9]) schreiben konnte, servitutem luminum a servitute, ne luminibus officiatur, *nihil differre*, perdocta ratione exposuit *Gerh.* NOODTIUS. Wenn Noodt, zur Unterstützung seiner Idee, das *autem* mit *etiam* vertauschen will, so ist diese Crisis für eine von den großen Willkührlichkeiten zu halten, durch welche Noodt sooft seine Meinungen geltend zu machen suchte. Vergeblich beruft man sich auf Ulpians Auctorität, welcher *L.* 15. *D. h. t.* sagt: Inter servitutes, *ne luminibus officiatur*, et *ne prospectui offendatur* aliud et aliud observatur: quod *in prospectu* plus quis habet, ne quid ei officiatur ad gratiorem prospectum, et liberum; *in luminibus* autem, non officere, ne lumina cuiusquam obscuriora fiant. Quodcunque igitur faciat ad luminis impedimentum, prohibere potest, si servitus debeatur: opusque ei novum nunciari potest, si modo sic faciat, ut lumini noceat. Hier soll nun zwar Ulpian sagen, daß die servitus officiatur mit der servitus luminum ein und dasselbe Ding sey, weil er die nämliche Servitut, die er zuerst servitus *ne luminibus officiatur* nannte, nachher *servitus luminum* genannt habe. Dies sucht man noch mehr dadurch zu bestärken, daß auch die servitus prospectus und

8) Cit. Diss. §. 3—8.

9) Animadv. XXXIII. §. 1.

und ne prospectui officiatur für eine und dieselbige Servitut gehalten werde. Und weil die Worte *non officere* noch ein Anstoß sind, so sollen auch diese als unächt zu verdammen seyn, da sie ohnehin bey Haloander fehlen, und in einigen Ausgaben, z. B. in der Gothofrediſchen eingeklammert sind. Allein offenbar will Ulpian hier nur den Unterschied zwiſchen der servitus *ne luminibus* und *ne prospectui officiatur* erklären. Er setzt daher zu den Worten *in luminibus* ausdrücklich noch *non officere* hinzu. Diese Worte dürfen also, mögen sie immerhin in einigen Ausgaben eingeklammert seyn, durchaus nicht weggestrichen werden, da ihre Aechtheit sowohl durch die Auctorität der Florentiniſchen Handschrift, als der Vulgata verbürgt ist. Daher kann auf Haloander, und die durch seine Lesart verursachte Einschließung der Worte non officere schlechterdings keine Rücksicht genommen werden, wie auch schon Jauch [10]) mit Recht gegen Haloander erinnert hat. Ausgemacht wäre es also, daß die *servitus luminum* von der *servitute ne luminibus officiatur* unterschieden ist. Ob es auch die servitus prospectus und ne prospectui officiatur sey, bekümmert mich hier nicht, nur dies ist jetzt noch die Hauptfrage, worin jener Unterschied bestehe? Zwey unserer scharfsinnigsten und berühmtesten Rechtsgelehrten Feuerbach [11]) und Dabelow [12]) haben diese Frage aufs neue zum

10) Meditat. criticae de Negationibus Pandectis Florentin. partim recte vel male adjectis, partim etiamnum adjiciend. Cap. V. pag. 91.

11) Civiliſtiſche Verſuche. I. Th. Nr. 1.

12) Ueber die Servitus Luminum der Römer gegen H. Prof. *Feuerbach*. Halle und Leipzig 1804. 8.

zum Gegenstande ihrer gelehrten Untersuchungen gemacht. Ich will zuförderst die Resultate davon dem Leser kürzlich vor Augen legen.

Herr Prof. **Feuerbach** sagt, der oben angeführten gewöhnlichen Vorstellung von der servitus luminum fehle es schlechterdings am Beweis. Der ganze Beweis beruhe darauf, daß man eine in sich selbst denkbare Hypothese an die Stelle einer undenkbaren setzen, und uns Glauben machen wolle, daß die Möglichkeit des Begrifs schon der Beweis seiner Wirklichkeit sey. Zwar hätten die Römer allerdings eine Servitut gekannt, die in dem Rechte bestand, in einer fremden oder gemeinschaftlichen Wand Fenster zu haben. Aber diese habe einen ganz andern Namen gehabt. Sie habe *servitus feneſtrae* s. *feneſtrarum* geheißen. Den Beweis liefere **Cajus**[13]), den man aber (wie denn immer ein Irrthum andere zur Gesellschaft erhält) in Rücksicht dieses Puncts gewöhnlich ganz anders genommen habe. Er sagt nach der gewöhnlichen Lesart: Praediorum urbanorum iura sunt ſtillicidia, *feneſtrae*, cloacae, altius erigendae domus, aut non erigendae, et *luminum*, *ut ita quis fabricet*, *ut vicinae domui lumen non tollat.* Dieser Text, so wie ihn uns noch **Schulting**[14]) liefert, verwirre alle Begriffe von diesen Servituten, nach allen Theorien. Denn nach diesem Texte würde Cajus geradezu der *servitus luminum* beylegen, was sonst den Character der servitus *ne luminibus officiatur* ausmacht. Wenn man aber

13) *Inſtitut. L. II. Tit. 1. §. 3.*

14) Iurisprud. Antejuſtin. pag. 76.

aber mit Aleander[15]) nach luminum noch das Wort et einschaltet, so sey alle Verwirrung gehoben. Nun stehe die *S. luminum* neben der S *ne lum. officiatur*, jene blos nach ihrem Namen, ohne Erklärung, diese nach ihrer Erklärung, ohne ihren Namen. Nach dieser bescheidenen und unbedenklichen Emendation finde sich nun in jener Stelle des Cajus folgendes: I. die S. *ne luminibus officiatur*, die am Ende beschrieben, aber nicht genannt werde; II. die S. *luminum*, die nur genannt, aber nicht beschrieben werde; endlich III. eine *servitus fenestrae*, s. *fenestrarum*, die sich durch den Klang der Worte schon von selbst erkläre. Diese Dienstbarkeit sey es, welche in der oben angeführten L. 40. *D. h. t.* beschrieben werde, und auf die in der gleichfalls oben angeführten *L.* 8. *C. de servitut.* hingedeutet sey. Diese sey also das *ius aperiendi fenestras in pariete alieno vel communi.*

Ganz davon unterschieden sey die *servitus luminum*, welche Paulus *L.* 4. *D. h. t.* beschreibe. Hier komme alles auf die Uebersetzung der Worte: *ut vicinus lumina nostra excipiat*, an. Die grammatische Interpretation entscheide hier allein. Nach dieser bedeute aber *lumina* nicht Fenster, sondern Licht. Der Beweis dafür liege in der *L.* 4. selbst. Denn in ihr kommt ja am Ende das *minuere lumina* vor, welches doch gewiß nichts anders heißen könne, als das Licht, die Hellung schmälern. *Lumen* werde hier dem *prospectus* entgegengesetzt. Jenes sey das Licht, das von oben herein fällt, dieser aber bedeute die Abwesenheit von Gegenständen, die mir, wenn ich vor mich hinsehe, den Raum der Aussicht begränzen, und entferntere

15) Ad CAJI *Institut.* c. l. not. 34. bey SCHULTING pag. 77.

fernere Gegenstände verstecken würden [16]). *Excipere lumina* heiße nun also nicht, wie nach der gemeinen Erklärung angenommen wird, Fenster aufnehmen. Es gebe noch eine andere Bedeutung von *excipere*. Es heiße nämlich auch sehr gewöhnlich auffangen, abhalten, verhindern, daß nicht Etwas zu etwas andern komme [17]). *Lumina excipere* heiße also, der Wortbedeutung nach, weiter nichts, als das Licht auffangen, abhalten, verhindern, daß es nicht zu unserm Gebäude komme. Die *lumina noſtrorum aedificiorum* am Ende des Fragments seyen nur eine bestimmtere Exposition von jenem *lumina noſtra*: und das *excipere lumina* nur der prosaische Ausdruck statt des poetischen: *rapere ſolem* im Juvenal [18]), welches von allen Interpreten desselben durch das gemeine *excipere ſolem* übersetzt wird. Weil nun natürlich da Schatten seyn muß, wo kein Licht ist, und derjenige, der das Licht nimmt, nothwendig Schatten giebt, so sey folglich, nach des Paulus Erklärung, *ſervitus luminum* die Dienstbarkeit, durch welche das dienende Gut mit dem Lichte meines Hauses beschwert ist, durch welche ich ein Recht habe auf den Schatten, den mir das nachbarliche Grundstück giebt,

16) *L. 16. D. h. t.* LUMEN id eſt, ut coelum videretur. Et intereſt inter *lumen* et *proſpectum*; nam proſpectus etiam ex inferioribus locis eſt, lumen ex inferiori loco eſſe non poteſt.

17) Z. B. galea ictus excipere. S. GESNERI Theſaur. Linguae Latinae T. II. v. *Excipio.*

18) *Sat. VII. v. 182.*

Parte alia longis Numidarum fulta columnis
Surgat, et algentem *rapiat* cocnatio *ſolem.*

giebt, das mein Licht aufzufangen und abzuhalten verbunden ist. Hingegen bey der *servitus ne luminibus officiatur* habe ich ein vollkommenes Recht auf das Licht, das mein Grundstück schon wirklich hat, so daß mein Nachbar durch nichts das Licht nehmen, schwächen, und Schatten geben darf. Alles sey auf solche Art klar, deutlich, und zusammenhängend, man dürfe nur die L. 4. wörtlich übersetzen:

„Ist die *servitus luminum* bestellt, so hat man das „Recht erworben, daß das nachbarliche Grundstück „von uns das Licht abhalte (das Licht unsers Gebäu„des auffange). Ist aber dem Nachbar die *servitus „ne luminibus officiatur* auferlegt, so haben wir vor„züglich das Recht von ihm zu fordern, daß er nicht „wider unsern Willen höher baue, und das Licht un„sers Gebäudes schmälere."

Die S. *luminum* sey also durch Schattendienstbarkeit, S. *ne luminibus officiatur* durch Lichtdienstbarkeit zu übersetzen. Daß die Römer wirklich eine Schattendienstbarkeit gekannt hätten, bewiesen, außer der L. 4., auch noch andere Stellen. Cajus gedenke auch derselben *L. 2. D. h. t.* unter dem Namen einer *servitus officiendi luminibus vicini*, und die L 17. *D. eodem.* sey nur unter der Voraussetzung vernünftig erklärbar, daß Ulpian [19]) die Verbindlichkeit dessen, der mit der S. *ne luminibus officiatur* beschwert ist, der Verbindlichkeit desjenigen, dem die *servitus luminum* obliegt, einander im Contrast entgegenstel-

19) Si deponat aedificium, sagt Ulpian, vel arboris ramos, quo facto locus opacus quondam coepit solis esse plenus, non facit contra servitutem: hanc enim debuit, *ne luminibus officiat*: nunc non luminibus officit, *sed plus aequo lumen facit.*

len wollte. Den Nutzen einer solchen Schattendienstbarkeit übrigens könne man sich bey dem heißen Clima Italiens sehr gut vorstellen.

Herr Prof. Dabelow hält diese ganze Darstellung von der servitus luminum der Römer für durchaus unrichtig. Weder in der *L. 4. D. h. t.* noch in einer der übrigen vom Feuerbach angeführten Gesetzstellen sey von einer Schattendienstbarkeit die Rede. Von einer solchen Servitut finde sich in der ganzen Römisch-Justinianischen Gesetzsammlung keine Spur, es sey auch ganz dem Römischen Sprachgebrauche zuwider, eine Dienstbarkeit *servitus luminum* zu nennen, und sich eine Schattendienstbarkeit dabey zu denken. *Lumina excipere* heiße also in dem Fragment des Paulus gar nicht soviel, als Licht auffangen; sondern *vicinus lumina nostra excipiat* heiße vielmehr, der Nachbar muß unser Licht aufnehmen, so daß er es leidet, zugiebt. Die *L. 4.* wörtlich übersetzt, enthalte demnach folgende Bestimmung:

„Wenn eine *servitus luminum* bestellt worden, so ist „anzunehmen, daß dadurch dies erworben worden, „daß der Nachbar unser Licht aufnehmen, d. i. den „Zugang des Lichts in unser Gebäude von seiner „Seite her gestatten muß. Wenn aber *Servitus ne „luminibus officiatur* auferlegt wird, ist anzunehmen, „daß wir vorzüglich dies erlangt haben, daß der „Nachbar nicht berechtiget sey, wider unsern Willen „höher zu bauen, und so das Licht unserer Gebäude „zu schmälern."

Keinen andern Sinn gebe diese Stelle auch nach der logischen Interpretation. Paulus zeige uns hier in wenig Worten,

Worten, welche Rechte daraus entstehen, wenn man bey der Bestellung der Lichtdienstbarkeit das Wort *lumina* allein gebraucht, und wenn man sich der Formel: *ne luminibus officiatur* bedient hat. Nun würde es sich zwar heut zu Tage von selbst verstehen, daß wenn Jemand seinem Nachbar vermöge Bestellung einer Servitut das Recht eingeräumt hat, daß er Licht von seiner Seite her in das Gebäude bringen kann, er ihm auch hernach das Licht nicht wieder verbauen dürfe. Allein die Römer hätten nicht so gedacht. Bey ihnen waren Dienstbarkeiten strictissimae interpretationis. Aus allem ergebe sich klar, daß in dem Fragment des Paulus überall nur von der Lichtdienstbarkeit allein die Rede sey, und zwar habe Paulus von der doppelten Art, diese Dienstbarkeit zu bestellen, sprechen wollen. Seine eigne Meinung geht nun dahin.

„I. Zur Lichtdienstbarkeit überhaupt wurde bey den Römern jede Dienstbarkeit gezählt, die darauf abzweckte, den Gebäuden Licht zu geben, oder das schon vorhandene Licht zu erhalten.“

„II. Man durfte nicht Licht in sein Gebäude von des Nachbars Seite her bringen, wenn das Gebäude hart an der Gränze stand, wenn man nicht das *ius luminis immittendi* besonders erworben oder hergebracht hatte. Stipulirte man sich dieses Recht als eine Dienstbarkeit, und bediente sich dabey blos des Ausdrucks: *lumina*, so war das *servitus luminum*, und man hatte dadurch noch nichts weiter erlangt, als daß der Nachbar nun die immissio luminis von seinem praedio aus zulassen oder gestatten mußte. Um aber den Nachbar auch

zu behindern, das Licht durch Verbauen oder auf eine andere Art wieder zu benehmen, stipulirte man sich:

III. *ne luminibus officiatur*, und dann hieß die Dienstbarkeit Servitus *non officiendi luminibus*, oder *ne luminibus officiatur*. Beyde Dienstbarkeiten verband man gewöhnlich mit einander, wenn man vorsichtig handelte, sonst ließ man es aber auch wohl bey der *Servitus luminum* bewenden. Auch wurde die Servitus ne luminibus officiatur bestellt, 1) wenn man schon das ius luminis immittendi von Alters hergebracht hatte, oder 2) in seinem von der Gränze entfernt liegenden Gebäude Lichtöfnungen nach dem Nachbar zu, wozu man ex iure praedii wohl befugt war, angebracht hatte, um den Nachbar zu hindern, das lumen zu verbauen, oder sonst auf irgend eine Art zu nehmen. Zuweilen stipulirte man

IV. das Lichtrecht so: *lumina ut nunc sunt, ita sint*, wobey lumen, als schon vorhanden vorausgesetzt wurde, und alles in statu quo bleiben mußte. Diese Dienstbarkeit begriff Servitus *ne luminibus officiatur* nicht nur in sich, sondern war auch vortheilhafter als diese, weil dabey gar kein Streit vorkommen konnte, sondern der bisherige Zustand allein die Entscheidungsnorm für zukünftige Fälle abgab. Man stritte sich zwar darüber, ob diese Dienstbarkeit blos für das gewärtige, oder auch für das zukünftige Licht bestellet worden. Nach der billigern Meinung des Pomponius nahm man jedoch das Letztere an, wie aus *L.* 23. *D. h. t.* erhelle."

Es

Es gereicht dem Hr. Prof. Dabelow allerdings zur Ehre, seine Theorie über die servitus luminum unter dem sehr bescheidenen Namen von Vermuthungen aufgestellt zu haben; ich bin auch durch seine Gründe vollkommen überzeugt, daß die Feuerbachische Erklärung von der *L.* 4. *D. h. t.* bey weitem so richtig und unfehlbar nicht sey, als sie ihr Urheber findet; und muß mich billig wundern, daß sie dennoch der tiefdenkende Hermeneutiker, Herr Prof. Thibaut [20]), zu der seinigen gemacht hat. In Ansehung der eigenen Ideen des Herrn Prof. Dabelows ist die Bemerkung, die er macht, allerdings sehr richtig, daß alte Meinungen, oft nur mit schlechten Gründen unterstützt, an und für sich aber viel richtiger, oder doch wenigstens haltbarer sind, als die neuern. Man probire sie also zuvor gehörig, ehe man das Verdammungsurtheil darüber ergehen läßt. Dies scheint hier wirklich ganz der Fall zu seyn. Schon mehrere der ältern Rechtsgelehrten [21]) waren der Meinung, daß die *servitus luminum* das Recht gewesen sey, in seiner eigenen Wand Fenster zu machen, um dadurch von des Nachbars Grundstück her das Licht in sein Gebäude zu bringen. Wer diese Servitut hatte, konnte jedoch deswegen, wie diese behaupten, dem Nachbar das Bauen in seinem Eigenthume noch nicht verwehren, wenn gleich das Licht des zu jener Servitut Berechtigten dadurch verdunkelt worden wäre. Deswegen habe man sich noch besonders die S.

ne

20) System des Pandect. Rechts 2. B. §. 607. lit. E. u. F. S. 49. der 2. Aufl.

21) *Iac.* CUJACIUS Observation Lib. I. cap. 4. et cap. 31. *Franc.* DUARENUS Disputat. annivers. Lib. I. cap. 33. und *Io. D'*AVEZAN servitut. libr. P. III. cap. 17. (bey MEERMAN T. IV. pag. 162.)

ne lum. officiatur bestellen lassen. Nun war freylich der Beweis, den man für diese Meinung von dem Ausspruch des Xenocrates [22]): μηδὲν διαφέρειν ἢ τὰς πόδας ἢ τὰς ὀφθαλμὰς εἰς ἀλλοτρίαν οἰκίαν πθέναι, i. e. *nihil referre, oculosne aliquis, an pedes in alienam domum inferat*, entlehnte, des großen Cujaz nicht würdig; und die auf des Harmenopulus [23]) Auctorität gegründete Emendation der *L.* 40. *D. h. t.*, nach welcher aperto pariete *coeco* statt *communi* gelesen werden soll, machte vollends diese Meinung verdächtig [24]). Daher konnte es denn auch nicht an Gründen fehlen, dieselbe ohne weiteres zu verwerfen, zumal da ihr Ulpians*) Auctorität so mächtig entgegen stritte, welcher aus-

22) Bey PLUTARCH in libr. περὶ πολυπραγμ.

23) Πρόχειρ. Lib. II. Tit. 4. nr. 66. Ὁ μὴ ἐχων δικαιον φοτεινων θυριδων, ου δυναται τυφλον τοιχον ανοιγειν και ποιειν θυριδας; i. e. *Qui ius feneſtrarum luciferarum non habet*, wie Reitz in Supplem. Theſ. Meerman. pag. 136. überſetzt, *parietem caecum aperire nequit, ac feneſtras facere.*

24) Dieſer Emendation haben ſich beſonders HOTOMANUS Amicabil. Reſpons. Lib. II. cap. 31. *Ulr.* HUBER Eunom. Roman. ad L. 40. cit. pag. 373. ſqq. *Iac.* CONSTANTINAEUS Subtil. Enodation. Lib. II. cap. 15. (in *Theſ. iuris Rom. Otton.* T. IV. pag. 581.) u. *Io.* IENSIUS ſtrictur. ad Rom. iuris Pand. pag. 75. entgegengeſetzt. Jenſius ſtimmt übrigens dem Cujaz in der Hauptſache dennoch bey. Er meint nur, ſeine Emendation ſey hier ganz unnöthig. Denn das Fragment enthalte ein Gutachten des Paulus über einen ihm vorgetragenen Rechtsfall. Hier ſey freylich von einer gemeinſchaftlichen Wand die Rede geweſen, allein aus der Faſſung des Gutachtens ſelbſt laſſe ſich nicht anders glauben, als daß Paulus eben ſo reſpondirt haben würde, wenn der Eigenthümer die Fenſter in ſeiner eigenen Wand nach des Nachbars Grundſtück zu gemacht hätte.

*) *L. 8. §. 5. D. Si ſervit. vindic.*

ausdrücklich sagt: *Cuique in suo licere quidvis facere, vel cum incommodo alterius, modo nihil in alienum immittat.* Allein Herr Prof. Dabelow glaubt dennoch, daß diese Meinung, wenn sie nur aus dem rechten Gesichtspunct betrachtet, und besser bewiesen wird, die wahre Beschaffenheit der servitus luminum der Römer am richtigsten darstelle. Aus dem oben wörtlich angeführten Fragment des Paulus, *L.* 40. *D. h. t.* gehe nach einer vernünftigen Exegese deutlich hervor, daß wer das ius luminis immittendi nicht besonders erworben oder hergebracht hat, nicht befugt sey, von dem Grundstücke des Nachbars her, das Licht in sein Gebäude zu lassen, oder Lichtöffnungen anzubringen. Paulus setze dieses Recht bey der ihm vorgelegten Frage überall als nothwendig voraus, ohne es gerade auf den Fall einer gemeinschaftlichen Wand zu beziehen. Man sey also, nach seiner Meinung, berechtiget anzunehmen, daß man das *ius luminis immittendi* immer erst als besonders erworben oder hergebracht nachweisen müsse, wenn man Lichtöffnungen in sein Gebäude nach dem Nachbar zu anbringen wollte, ohne daß dabey ein Unterschied gemacht werden könne, ob man das Licht durch eine gemeinschaftliche oder seine eigene Wand einlassen will. Es sey nur noch die Frage: Ob man behaupten könne, daß Paulus überall und in jedem Falle, wo Jemand in seine eigene, nach des Nachbars praedium hingehende Wand, Lichtöffnungen anbringen, und das Licht in das Gebäude lassen wollte, das ius luminis immittendi als besonders erworben oder hergebracht angenommen habe, oder nur für den in dem Fragment unterstellten Fall, wenn das Gebäude hart an des Nachbars Grund und Boden stieß? Herr Prof. D. behauptet nun, daß Paulus blos den letztern Fall im Sinn

gehabt

gehabt habe. Denn so stimme die Erklärung des Fragments mit den allgemeinen in der Römischen Gesetzgebung angenommenen Grundsätzen von dem Rechte eines jeden Eigenthümers auf sein Grundstück und der darüber befindlichen Luft und dem Licht am besten überein. Dabey könne der Satz des ältern Röm. Rechts, daß jeder auf seinem Grund und Boden thun könne, was er wolle, und folglich auch in seiner eigenen Wand Fenster machen, und Lichtöffnungen anbringen, recht gut bestehen. Denn er setze als nothwendige Bedingung voraus, daß dem Nachbar dadurch nichts entzogen wird, worauf er ein ausschließendes Recht hat, wie z. B. die Luft und das Licht, welches über seinem Grundstück sich befindet. So wie man nun einen geringen in der Luft schwebenden Ausbau nach des Nachbars Grundstück hinaus, wodurch ihm auch nicht der mindeste Schaden sonst verursacht wird, nicht ohne Dienstbarkeit machen durfte, weil man dadurch sein Recht an der Luft beeinträchtigte, eben so durfte man auch das über seinem Grundstück befindliche Licht nicht an das hart an der Gränze stehende Gebäude einströmen lassen."

Soweit Herr Prof. Dabelow. Es sey mir erlaubt, auch meine Gedanken beyzufügen. Daß es mit der Schattendienstbarkeit nichts sey, können wir, wie ich glaube, für hinlänglich erwiesen annehmen. Eben so ungegründet scheint mir der Unterschied zu seyn, der nach der Feuerbachischen Darstellung zwischen *Servitus luminum* und *feneſtrarum* Statt haben soll. In der *L.* 40. *D. h. t.* ist offenbar von keiner andern Servitut die Rede, als von welcher die *L.* 4 *D. eodem* im Contrast mit der Servitus *ne luminibus officiatur* spricht. Die Benennungen *ius luminis immit-*

immittendi und *servitus luminum* bezeichnen eine und dieselbe Servitut. Denn die Ausdrücke *lumina immittere* und *lumina excipere* sind relativ, so wie *tignum immittere* und *tignum excipere* oder *suscipere* in *L.* 6. §. 1. *et* 2. *D. Si servit vindicet.* ferner *stillicidium immittere* und *stillicidium excipere* oder *recipere* in *L.* 17. §. 3. und *L.* 28. *in fin. D. h. t.* Von dem zur Dienstbarkeit Berechtigten sagen die Gesetze: *immittit lumina*, von demjenigen, welcher die Servitut leiden muß, *excipit nostra lumina.* Aus der Vergleichung dieser Gesetzstellen geht also unwidersprechlich hervor, daß *excipere* hier nicht auffangen, sondern aufnehmen heißt, recipere oder suscipere. Hiernächst lehrt *L.* 40. *D. h. t.* sonnenklar, daß *lumen* oder *lumina immittere* nichts anders heissen solle, als *fenestras immittere*, wie auch Brissonius [25]) diesen Ausdruck erklärt. Ich gebe zu, daß unter *lumina* nicht immer Fenster, sondern oft nur Licht überhaupt verstanden werde, wie z. B. in der Redensart *lumina minuere*, *luminibus officere.* Ja es würde zuweilen ungereimt und lächerlich seyn, wenn man *lumen* oder *lumina* durch Fenster übersetzen wollte. Z. B. in der *L.* 17. §. 1. *D. h. t.* wo Ulpian sagt: Per contrarium, si deponat aedificium, vel arboris ramos, quo facto locus opacus quondam coepit solis esse plenus: non facit contra servitutem. Hanc enim debuit, *ne luminibus officiat*, sed plus aequo *lumen* facit. Allein ganz unläugbar ist es, daß das Wort *lumina* bey der Servitus luminum nichts anders, als Fenster bedeute, insofern darunter überhaupt Lichtöffnungen in einem Gebäude

25) De verbor. Significat. v. *lumen.* Ihm stimmt auch *Iac.* CONSTANTINAEUS subtil. Enodation. Lib. I. cap. 21. (bey OTTO in *Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 521.) bey.

bäude verstanden werden, oder wie Gesner [26]) sagt: *foramina parietum ad lucem accipiendam facta*, von dem griechischen Worte ἀπο τῦ φαινείν, *lucere*, quasi φάνεστραι, wie es Nonius dirivirt. Vorzüglich bestärkt uns hierin Harmenopulus [27]), welcher das *ius luminis immittendi*, dessen Paulus in der angeführten *L.* 40. gedenkt, durch δικαίον φωταγωγῶν θυρίδων i. e. *ius fenestrarum luciferarum* übersetzt; und auch Cicero [28]) setzt *feneſtrarum anguſtiae* den *latis luminibus* entgegen. Sollte es also wirklich eine ganz unerwiesene Voraussetzung seyn, wie Hr. Professor Feuerbach sagt, wenn man bey Erklärung der *Servitus luminum* unter *lumina* Fenster versteht? Ich trage wenigstens kein Bedenken, dem würdigen Connanus [29]) beyzupflichten, wenn er sagt: *At hic* (*L.* 40. *D. cit.*) PAULUS *lumen pro feneſtra ipſa, quae lumen immittit, accipit: ut ſervitus luminis immittendi ſit ius immittendae feneſtrae, qua lumen accipiatur.* Ob man sich mit Recht auf Cajus berufen könne, wenn er in der von H. F. angeführten Stelle seiner Institutionen bey der Anzeige der Servitutum urbanarum *feneſtrae* und *lumina* unterscheidet, glaube ich mit Grund bezweifeln zu können. Der Ausdruck *Servitus* s. *ius feneſtrae* kommt in dem ganzen

26) Thesaur. Linguae lat. Tom. II. v. *Feneſtra.*

27) Πρόχειρ. Lib. II. Tit. 4. nr. 66. (in *Supplem. Theſauri Meerman.* pag. 136.)

28) *Ad Atticum* Lib. II. Epist. 3. Mehrere Stellen hat Scheller in dem lateinisch-teutschen Lexikon v. *Lumen*, wo er die Redensart *lumina immittere* in *L. 13. §. 7. D. de usufr.* und das *ius luminis immittendi* in der *L. 40. D. h. t.* ebenfalls von Fenstern erklärt.

29) Commentar. iuris civ. Lib. IV. cap. 10. pag. 270.

zen römischen Gesetzbuche nirgends vor. Das Wort *fenestrae* kann also leicht ein Emblem des westgothischen Compilators seyn, wofür es auch Schulting [30] hält. Denn es ist gewiß eine richtige Bemerkung des Hrn. Prof. Hugo [31]), wenn er sagt, die westgothischen und die neurömischen Compilatoren hätten des Cajus Institutionen so behandelt, daß sich der wahre Cajus in dem Cajus der Westgothen wohl nicht mehr erkannt hätte.

Es käme also nur noch darauf an, ob die Idee des Hrn. Prof. Dabelow von der Servitus luminum durch seine Ausführung diejenige Haltbarkeit gewonnen habe, daß man ihr vor der gewöhnlichen Erklärung den Vorzug geben könne? Es liegt dabey die Voraussetzung zum Grunde, daß es ohne eine Servitut nicht erlaubt gewesen, in seinem eigenen Gebäude gegen das unmittelbar an der Gränze stehende benachbarte praedium Lichtöfnungen machen zu dürfen, und diese Voraussetzung wird darauf gegründet, daß der Nachbar auf das über seinem Grundstück befindliche Licht ein ausschliessendes Recht habe. Allein gerade jene Voraussetzung ist es, wovon ich einen überzeugendern Beweis gewünscht hätte. Es ist mir doch auch nicht ein einziges Gesetz bekannt, welches dem Eigenthümer hierin beschränken sollte. Die *L.* 40. *D. h. t.* redet ja ausdrücklich nur von einer gemeinschaftlichen Wand, und in Ansehung dieser war auch gewiß Zweifelsgrund genug vorhanden, um darüber bey dem großen Paulus Belehrung einzuholen. Denn es scheinen die Sabinianer und Prokulianer in ihren Grundsätzen über die

30) In Iurisprud. Antejustin. pag. 76. not. 30.

31) Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts. §. 233. der 2. Aufl.

die Befugnisse des Miteigenthümers in Absicht auf einseitige Verfügungen über die gemeinschaftliche Sache von einander abgewichen zu seyn, wie Jacobus Constantinäus [32]) bey Erläuterung der *L.* 40. *D. h. t.* sehr gründlich ausgeführt hat. Ich füge nur noch zur mehreren Bestärkung, daß die Sache wirklich unter den Römischen Juristen streitig gewesen seyn mag, den Umstand hinzu, worauf Constantinäus keine Rücksicht genommen hat, nämlich daß die *L.* 28. *D. Communi divid.* worauf er sich in Verbindung mit *L.* 11. *D. Si servit. vindicet.* beruft, aus des Papinians *Lib.* 7. *Quaestionum* genommen sey. Nun enthielten die *libri Quaestionum* der Römischen Rechtsgelehrten, nach der einstimmigen Meinung aller Rechtslehrer [33]), die ich hierüber verglichen habe, Erörterungen controverser civilistischer Rechtsfragen, die sich eben so sehr durch Umständlichkeit als Ausführlichkeit in Ansehung der Behandlung des erörterten Gegenstandes auszeichneten. Paulus entscheidet nun in der *L.* 40 *D. h. t.* nach der in der Praxis angenommenen Meinung des Sabinus: *in re communi neminem dominorum jure facere quidquam, invito altero, posse*, welche Papinian *L.* 28. *D. Commun. div.* anführt, und Paulus *L* 26. *D. de servitut. praed. urb.* auch zu der seinigen macht, den ihm

32) Subtilium Enodation. Lib. II. cap. 15. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 581.)

33) S. *Iac.* CUJACII Tract. I. ad Africanum et Commentar. ad Respons. Papiniani. Princip. *Petr.* PERRENONII Animadversion. et var. Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 11. (in *Ev.* OTTONIS *Th. iur. Rom.* Tom. I. pag. 641.) *Ev.* OTTONIS Papinianus Cap. XII. §. 1. pag. 362. und *Christ. Ludw.* NEUBERS juristische Classiker 1. Th. (*Berlin 1806.*) S. 27.

ihm zum Gutachten vorgelegten Rechtsfall, und beurtheilt darnach das ius, aperto pariete communi, lumina sive fenestras immittendi. Nach dieser Ansicht scheint es mir also eine sehr übereilte Hypothese zu seyn, wenn Johann Jensius [34]) als ausgemacht voraussetzt, daß Paulus auch nicht anders respondirt haben würde, wenn der Nachbar die Fenster in seiner eigenen Wand, gegen des Nachbars Grundstück zu, gemacht hätte. Es ist doch gewiß kein gleichgültiger Umstand, daß die Gesetze bey der Servitus luminum s. fenestrarum immer nur von einer fremden, oder von einer gemeinschaftlichen Wand sprechen. Hätte also Jensius doch nur eine einzige Stelle angeführt, daß das römische Recht auch eine Klage gestatte: ius mihi non esse, fenestras habere *in meo pariete*, vicino invito. Allein wie sollte auch eine solche Klage Statt haben können? Stellt nicht vielmehr Ulpian *L.* 8. §. 5. *D. Si servit. vindic.* den Satz, als ganz unbezweifelt, auf: *In suo cuique hactenus facere licere, quatenus nihil in alienum immittit?* Doch vielleicht war dies nur ein Lehrsatz des strengen Rechts, der in der Folge durch die Entscheidungen der römischen Rechtsgelehrten modificirt worden ist. Auch darüber findet sich nicht die geringste Spur, am wenigsten in der *L.* 40. *D. h. t.* Es gehört wirklich mehr als gemeine Hermeneutic dazu, wenn man den Satz daraus ableiten will: Du darfst kein Licht unmittelbar von deines Nachbars Seite her in dein Gebäude lassen! Ist die Wand mein Alleineigenthum, von welchem Falle Paulus gar nicht spricht, so möchte ich wissen, mit welchem

34) Strictur. ad Rom. iuris Pandect. pag. 75. sq.

welchem Grunde man behaupten könne, daß durch Anlegung der Fenster des Nachbars Rechte auf die über seinem Grundstück befindliche Luft und sein Licht im mindesten beeinträchtiget würden. Immerhin mögen ihm die Fenster lästig seyn, dies kann mir aber doch von den Rechten des freyen Eigenthums, die mir die Gesetze auch alsdann gestatten, wenn gleich durch deren Ausübung dem Nachbar einiger Nachtheil entstehen sollte, nichts benehmen [35]). Eine Klage gegen mich kann dem Nachbar schon darum gar nicht zustehen, weil es ihm ja freysteht, mir meine Fenster zu verbauen [36]). Wie wenig die Befugniß des Eigenthümers, Fenster in seinem Gebäude, nach des Nachbars Grundstück zu, anzulegen, je bezweifelt worden sey, beweißt der zwar freylich viel später lebende, aber doch gewiß zur Erläuterung des römischen Rechts als classischer Zeuge geltende Harmenopulus [37]), wenn er sagt: Τινες των φιλοπραγμονων και φθονερων κωλυειν επιχειρουσι τους οικους κατασκευαζοντας, και μελλοντας κατοπτειαν απο του του ποιεισθαι τοις γειτοσιν: ουτε τοις νομοις ειρηται, ουτε μην

35) *L. 9. et 10. D. h. t.*

36) Man vergleiche hier noch *Hug.* DONELLI Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 5. pag. 350.

37) Πρόχειρ. Lib. II. Tit. 4. nr. 50. (bey MEERMAN in *Supplem. nov. Thes. iuris civ. et Canon.* p. 134.) Nur soweit geht freylich die Auctorität des Harmenopulus nicht, daß man aus ihm eine, sowohl in der Florentine als Vulgata, als richtig anerkannte Lesart in den Pandecten zu ändern sich für berechtiget halten dürfte. Mit Recht wird daher Cujaz getadelt, wenn er *L. 40. D. h. t.* statt pariete *communi*, nach Harmenopulus *coeco* lesen will. S. HUBERI Praelect. ad Pand. h. t. §. 6.

μην απο των παλαιων οικηματων ὁρωμεν, ὡς οἱ παλαιοι ταυτην αδικιαν ελογιζοντο: βλεπομεν γαρ πασας σχεδον ειπειν τας οικιας, αλληλας κατοπτευουσας, και ουδε εἰς φθονος τους παλαιους κατειχεν· ὁθεν και ἡμεις την της κατοπτειας ου λογιξομεδα βλαβην. Ἑκαστος ουν των νομιξοντων ταυτην ειναι βλαβην συγχωρειτω μεν τῳ κτιξοντι, αυτος δε τα ἑαυτου ασφαλιξετω οικηματα, και αθεωρητα φυλαττετω, ειτε δια των ανοικτων καλουμενων καγγελων, ειτε δια των συρτων, ἡ ὡς αν αυτος βουληθειη: ου γαρ δικαιον δι' ἑτεξου βλαβην τα ἑαυτε τινα ασφαλιξεσθαι. Das heißt nach der Reitziſchen Verſion: *Nonnulli litium amantes atque invidi eos, qui aedificant domos, et ſic in vicinorum aedes deſpecturi ſunt, probibere conantur: ſed neque legibus cautum eſt, neque ſane ex vetuſtis aedificiis deprehendimus, veteres banc exiſtimaſſe iniuriam: videmus enim cunctas propemodum domus in ſe mutuo deſpectare, nec ulla majores tenebat invidia: unde et nos deſpectationis incommodum nibili pendimus. Unusquisque igitur, qui hoc putat eſſe incommodum, aedificanti quidem ignoſcat, ſed ipſe ſuas communiat aedes, et curet, ne deſpectari poſſint, ſive per apertos, ut vocant, cancellos, ſive per vela, vel prout ipſi libuerit: neque enim aequum eſt, ut quis propter alterius incommodum ſua communiat.* Vergebens wird man ihm das Zeugniß Ulpians entgegenſetzen, wenn dieſer *L.* 11. *pr. D. h. t.* ſagt: Qui luminibus vicinorum officere, aliudve quid facere contra commodum eorum vellet, ſciet, *ſe formam ac ſtatum antiquorum aedificiorum cuſtodire debere.* Denn offenbar iſt dabey vorauszuſetzen, daß in Anſehung der vorigen Form ein beſtimmtes Recht des Nachbars vermöge einer Servitut, oder geſetzlichen Verordnung vorhanden ſeyn müſſe, welches freylich bey der Wiederherſtellung des verfallenen

alten Gebäudes respectirt werden muß. Es liegt hier, wie Westphal [38]) ganz richtig bemerkt, der Satz zum Grunde, *mutata licet aedificiorum materia, eadem semper manere illorum iura.* Aus allem ergiebt sich nun soviel, daß unter allen Meinungen über die Servitus luminum immer noch diejenige die richtigste bleibt, nach welcher diese Servitut darin besteht, wenn mein Nachbar leiden muß, daß ich in seiner, oder in einer uns beyden gemeinschaftlichen Wand Fenster oder andere Oeffnungen mache, um dadurch Licht in mein Gebäude zu erhalten. Nur noch einem Einwurfe muß ich begegnen, den man gegen diese Idee macht. Man sagt, daß die S. *luminum* nicht das Recht enthalte, in einer gemeinschaftlichen Wand Fenster zu machen, scheine nach *L.* 26. *D. h. t.* gleichfalls einem Fragment des Paulus, keinem Zweifel unterworfen zu seyn. Da heißt es: *In re communi* nemo dominorum *iure servitutis* neque facere quicquam invito altero potest, neque prohibere, quominus alter faciat, *nulli enim res sua servit.* Itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit: sed per *communi dividundo actionem* consequitur socius, quominus opus fiat, aut id opus, quod fecit, tollat; si modo toti societati prodest, opus tolli. Die gewöhnliche Antwort, daß eine gemeinschaftliche Wand zum Theil res aliena, und also auch hier gewissermaßen fremdes Eigenthum vorhanden sey [39]), ist freylich nicht befriedigend. Allein man lese nur eine Stelle weiter, nämlich die *L.* 27. *D. h. t.* so wird man sich sogleich überzeugen, daß jener Einwurf sehr unbedeutend

38) De lib. et servitut. praedior. §. 912. Not. 804. lit. c. pag. 638.

39) *L.* 8. *D. h. t.*

tend sey. Es ist ja hier gar nicht die Frage davon, ob in re communi eine Servitut unter den Miteigenthümern dergestalt Statt finde, daß einer gegen den andern actione confessoria oder negatoria klagen könne, welche Paulus aus dem angeführten Grunde: *nulli res sua servit*, mit Recht verneinend entscheidet; sondern es ist die Rede von einer gemeinschaftlichen Wand, welche die Grenzscheidung von zwey benachbarten Häusern ist[40]. Und nun fragt sich's, ob nicht eine gemeinschaftliche Sache der eigenen dienstbar seyn könne? Daß aber dieses keinem Zweifel unterworfen sey, lehrt Pomponius *L. 27. D. h. t.* wo er sagt: Sed si inter me et te *communes sint Titianae aedes*, et ex his aliquid non iure *in alias meas proprias immissum sit*, nempe *tecum mihi agere licet*, aut rem perdere. Idem fiet, si *ex tuis propriis aedibus in communes meas et tuas aedes quid similiter esset proiectum*: mihi enim soli *tecum est actio.* Hier ist nicht von der actio communi dividundo die Rede, wie Anton Faber[41] irrig glaubt,

 sondern

40) Es ist gar nicht nöthig, daß man sich unter den Worten *aperto pariete communi* gerade den Fall gedenke, daß der eine Nachbar sein Haus abgebrochen habe, und dadurch die Wand von seiner Seite entblößt worden sey. *Aperire parietem* dicitur, sagt BRISSONIUS de Verbor. Significat. v. *Aperire*, qui fenestras vel ianuas in eo facit. *L. ult. D. h. t.* Eben so GESNER in Thes. linguae lat. h. v. und Scheller in dem lat. deutschen Lexicon v. *Aperire*, wo er mit Beziehung auf die *L. 40. h. t.* sagt *aperire parietem*, eine Wand durchbrechen, und Fenster hinein machen. Diese Erklärung bestärkt auch HARMENOPULUS Προχειρ. Lib. II. Tit. 4. nr. 66. wo es heißt: *ου δυναται τοιχον ανοιγειν, και ποιειν θυριδας*, i. e. *parietem aperire nequit, ac fenestras facere.*

41) Rational. in Pand. ad h. L.

sondern von der *actio negatoria* [42]). Es erhellet dieses aus einer andern Stelle des Pomponius, nämlich der *L.* 14 §. 1. *D. Si servit. vindicet.* wo es heißt: *Si paries communis*, opere abs te facto, in aedes meas se inclinaverit, potero tecum agere, *ius tibi non esse parietem illum ita habere* Nun setzt diese Klage, wie selbst Anton Faber [43]) nicht läugnen kann, immer voraus, *ut id, quod fieri negatur, tale sit, ut potuerit tamen fieri iure servitutis.*

Zum Beschluß verdient noch folgender Unterschied zwischen der Servitus *luminum* und *ne luminibus officiatur* bemerkt zu werden. Wenn mir die erstere zusteht, so kann ich meinem Nachbar nicht alles Bauen in seinem Eigenthum verwehren, sondern ich muß zufrieden seyn, wenn ich nur die zur Bewirthschaftung oder Bewohnung meines Gebäudes nothwendige Hellung behalte [44]). Wenn mir hingegen die letztere zusteht, so darf mein Nachbar nichts unternehmen, wodurch mir das in mein Gebäude fallende Licht auch nur im mindesten geschmälert wird [45]). Paulus hat dieses nur kurz durch die Worte *minuere lumina nostrorum*

42) S. POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. Lib. VIII. Tit. 5. Nr. XV. pag. 270. und WESTPHAL de Servit. praedior. §. 536. not. 483. Vergl. auch den 9. Th. dieses Commentars §. 620. S. 7. ff.

43) Rational. in Pandect. ad L. 14. §. 1. D. Si servitut. vind. Tom. II. P. II. pag. 256.

44) S. *Franc.* BROEI Expositon. in Iustin. Institut. Lib. II. Tit. 3. nr. 16. pag. 268.

45) Einen merkwürdigen Rechtsfall über diesen Unterschied hat Hymmen in den Beytragen zur jurist. Litteratur in den Preuß. Staaten. 8. Samml. S. 13. ff.

rum aedificiorum ausgedrückt; Ulpian hingegen *L.* 17. *D. b. t.* ausführlicher entwickelt. Er sagt nämlich *lib.* 29. *ad Sabinum.*

Si arborem ponat, ut lumini officiat, aeque dicendum erit, contra impositam servitutem eum facere: nam et arbor efficit, quominus coeli videri possit. Si tamen id, quod ponitur, lumen quidem nil impediat, solem autem auferat, si quidem eo loci, quo gratum erat eum non esse, potest dici, nihil contra servitutem facere: sin vero heliocamino, vel solario, dicendum erit, quia umbram facit in loco, cui sol fuit necessarius, contra servitutem impositam fieri.

§. 1. Per contrarium, si deponat aedificium, vel arboris ramos, quo facto locus opacus quondam coepit solis esse plenus: non facit contra servitutem. Hanc enim debuit, ne luminibus officiat: nunc non luminibus officit, sed plus aequo lumen facit.

§. 2. Interdum dici potest, eum quoque, qui tollit aedificium, vel deprimit, luminibus officere: si forte κατα αντανακλασιν, id est, per refractionem, seu repercussionem, vel pressura quadam lumen in eas aedes devolvatur.

Ulpian will hier zeigen, wenn man annehmen könne, daß Jemand der seinem Grundstücke aufgelegten S. *ne luminibus officiatur* entgegen gehandelt habe. Er setzt zu dem Ende folgende Fälle auseinander.

1) Wenn der Herr des dienenden Grundstücks einen Baum setzt, der das Licht des Nachbars hindert, so handelt er der Dienstbarkeit entgegen.

2) Wenn aber das, was gesetzt wird, zwar das Licht selbst nicht behindert, sondern nur die Sonnenstrahlen abhält, so muß man unterscheiden, ob dies an einem Orte geschieht, wo das Abwenden der Sonnenstrahlen und das Schattenmachen dem Nachbar angenehm ist, oder an einem Orte, wo ihm die Sonnenstrahlen nöthig sind, wie z. B. wenn das berechtigte Gebäude ein Treib- oder Gewächshaus ist[46]). Im ersten Falle kann man annehmen, es geschehe dadurch

46) In der *L. 17. pr. D. h. t.* kommen die Ausdrücke: *Heliocaminus* ferner *Solarium* vor. CUJACIUS Observation. Lib. XXIII. cap. 20. in fin. hält sie für gleichbedeutend. Er sagt, es werde dadurch locus in superiore parte aedium solis excipiendi causa confectus angezeigt. Ihm stimmt auch POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. VI. Not. d. pag. 263. bey. Allein *Heliocaminus* heißt eigentlich den Worten nach ein Sonnenofen, d. i. ein solcher Ort, der zur Winterszeit blos durch die Sonne geheizt ward, wie *Guil.* BUDAEUS in Annotat. ad Pandect. h. L. pag. 115. aus einer Stelle des Plinius *Lib. II. Epist. 17.* erwiesen hat. ALEX. *ab* ALEXANDRO *Genial. Dier.* Lib V. cap. 5. hat hierbey noch die Bemerkung gemacht: *Fuisse moris prisci, ut iuxta zetam heliocaminus construatur: Zeta enim locus erat unius cubiculi capax, solem hybernum prospectans, ita constructa, ut per heliocaminum vaporem acciperet.* Das Wort *Solarium* bedeutet eigentlich eine Sonnenuhr. Hier aber ein auf Säulen ruhender Altan vor dem Hause, oder Boden auf dem Hause, wo man sich zu sonnen pflegte, und welcher daher so angelegt war, daß die Sonne dahin scheinen mußte, weil auch die Sonnenuhr des Hauses da angebracht war. PLAUTUS *Mil. II.* 3. 60. und II. 4. 25. SUETONIUS in *Claud.* c. 10. und in *Neron.* c. 16. S. auch WESTPHAL §. 606. p. 387.

dadurch nichts der Servitut zuwider, wohl aber in dem letzten Falle.

3) Wenn hingegen der Nachbar, dem die Servitus ne luminibus officiatur auferlegt ist, ein Gebäude niederreißt, oder einem Baume seine Zweige nimmt, wodurch bewirkt wird, daß zu dem bisher schattigen Orte die Sonnenstrahlen dringen, so handelt er der Dienstbarkeit nicht zuwider. Denn er sollte ja nur nicht das Licht behindern, nun aber giebt er sogar mehr Licht, als er zu geben verbunden war.

4) Zuweilen kann man auch annehmen, daß der Nachbar, welcher sein Gebäude niederreißt oder auch nur erniedriget, der Dienstbarkeit zuwider handle, nämlich wenn von demselben das Licht per repercussionem, d. i. durch den Wiederschein und das Zurückprallen der Sonnenstrahlen, in das Gebäude, dem die Servitut zusteht, gebracht wird.

Wir lernen aus dieser Gesetzstelle zugleich den Unterschied zwischen der Servitus *ne luminibus officiatur*, und *altius non tollendi* kennen, welche viele[47]) mit einander verwechseln, und für Eins halten wollen[48]).

Unser

47) *Iac.* CUJACIUS Observat. Lib. XVII. cap. 35. *Arn.* VINNIUS in Commentar. ad §. 1. I. de Servitut. praed. nr. 7. *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 5. pag. 529. *Hub.* GIPHANIUS Comm. ad §. 1. I. de servitut. nr. 11. *Petr.* OSTERMANN Rational. ad Institut. Disput. XII. pag. 210. BRONCHORST Centur. II. Antinomiar. Assert. V. pag. 134. WISSENBACH ad Institut. Disput. XI. Th. 16. u. a. m.

48) *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 15. pag. 740. und *God.* STRAUSS Diss. cit. de servit. ne luminib. officiatur. §. 17. haben diesen Irrthum ausführlich widerlegt.

Unser Verf. macht hier noch zwey Bemerkungen:

1) Wenn die Lichtdienstbarkeit auf eine solche Art bestellet worden ist, daß es heißt: das Licht soll in dem Zustande gelassen werden, wie es jetzt vorhanden ist, (*lumina, quae nunc sunt, ut ita sint*); so ist zwar darunter die *servitus, ne luminibus officiatur*, begriffen. Es ist indessen ein bedeutender Unterschied, ob man sich bey Bestellung der Servitut dieser Formel bedient hat, oder ob man sich ausdrücklich hat versprechen lassen, daß der Nachbar das Licht unsers Gebäudes nicht schmälern solle. Denn jene Formel gieng blos auf das gegenwärtige Licht. In dem andern Falle war man zwar anfangs darüber im Zweifel, ob man annehmen könne, daß die Dienstbarkeit auch nur blos für das gegenwärtige, oder auch für das zukünftige Licht bestellet werden sey. Man gab indessen der billigern Meinung des Pomponius den Vorzug, nach welcher das Versprechen: *ne luminibus officiatur*, so auszulegen ist, daß der Nachbar mir weder die schon in meiner Wand vorhandenen Fenster, noch diejenigen, die ich etwa noch künftig anlegen werde, verbauen noch verdunkeln dürfe. Dies ist der wahre Sinn der *L.* 23. *D. h. t.*

POMPONIUS *lib.* 33. *ad Sabinum.*

Si servitus imposita fuerit: *lumina, quae nunc sunt, ut ita sint*, de futuris luminibus nihil caveri videtur. Quod si ita sit cautum, *ne luminibus officiatur:* ambigua est scriptura, utrumne his luminibus officiatur, *quae nunc sunt*, an etiam his, quae *postea* quoque fuerint? Et humanius est, verbo generali *omne lumen* significari,

ri, sive quod *in praesenti*, sive *quod post tempus conventionis contigerit* [49]).

2) Man vermische nicht mit der römischen Servitus luminum, das deutsche statutarische Fensterrecht oder Lichtrecht, welches darin besteht, daß der Eigenthümer in der Wand seines Hauses, welche unmittelbar an des Nachbars Grundstück stößt, nicht ohne des letztern Erlaubniß Fenster anlegen, noch anders anlegen dürfe, als sie bisher gewesen sind. Dies setzt aber allemal besondere, die Freyheit des Eigenthümers hierin beschränkende, statutarische Gesetze voraus [50]).

§. 671.

Servitus stillicidii vel fluminis recipiendi et non recipiendi.

VII. *Servitus stillicidii vel fluminis recipiendi vel non recipiendi*, das Traufrecht. *Stillicidium* heißt das Regenwasser, welches tropfenweis vom Dache fällt. *Flumen* hingegen heißt das in Rinnen oder Kanäle gesammelte Regenwasser, welches sich stromweise vom Dache ergießt. Es gehört hierher die Stelle des Varro, welcher *Lib. IV. de Ling. Lat. pag.* 18. sagt: Fluvius

49) Ueber die Träumereyen des Anton Fabers und Pard. Pratejus, welche in der *L.* 23. Tribonianismen finden wollen, sehe man WESTPHAL *de lib. et servitut. praedior.* §. 608. not. 532. lit. b.

50) S. Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 284. *a* PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 196. WALCH Introduct. in controv. iuris civ. Sect. II. cap. 3. §. 26. Schröters vermischte juristische Abhandlungen 2 Bd. S. 145. ff. und Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 3. Band Medit. 185.

Fluvius quod fluit, item flumen: a quo [51]) lege praediorum urbanorum ſcribitur: *ſtillicidia fluminaque ut ita fluant cadantque* [52]). Inter haec hoc intereſt, quod STILLICIDIUM eo [53]), *quod ſtillatim cadat:* FLUMEN, *quod fluit continue.*

1) *Servitus ſtillicidii vel fluminis recipiendi, ſ. immittendi* iſt nun diejenige Dienſtbarkeit, vermöge welcher mein Nachbar leiden muß, daß ich meine Dachtraufe oder Dachrinne auf ſein Grundſtück leite, ſo daß dieſes das von meinem Dache tropfenweis fallende oder ſtromweiſe ſich ergießende Regenwaſſer aufnehmen muß [54]).

2) *Ser-*

51) *A quo* heißt beym Varro immer ſoviel, als *unde.* Man vergleiche Lib. IV. p. 30. pag. 31. pag. 33.

52) *Hug.* GROTIUS in Florum ſparſ. ad Ius Iuſtin. Tit. Inſtit. de Servitut. pag. 47. emendirt dieſe Leſeart folgendermaßen: *Stillicidia fluminaque, uti fluunt caduntque, ita fluant cadantque.* Eigentlich hieß die Formel, worauf hier Varro deutet, ſo: *Flumina, ſtillidia, uti nunc ſunt, ut ita ſint. L. 17. §. 3. D. h. t. L. 33. D. de contrab. emt.* S. *Bar.* BRISSONIUS Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. I. cap. 19. et de Formulis Lib. VI. cap. 28.

53) Statt *eo* wäre wohl beſſer *eſt* zu leſen, wie auch *Ab.* HAVERKAMP in Specim. ad *Harmenopuli* Promptuar. Lib. II. Tit. 4. §. 34. et ad L. 13. D. de Servit. praed. ruſticor. etc. Cap. 3. (in OELRICHS *Theſ. Diſſertat. Belgicar.* Vol. I. Tom. III. p. 62.) dafür hält.

54) *L. 17. §. 3. L. 20. §. 2. et 3. L. 28. in fin. D. h. t.* In der *L. 2. D. h. t.* wird dieſe Servitut ſo bezeichnet: *ius ſtillicidium avertendi in tectum vel aream vicini.* THEOPHILUS beſchreibt ſie in Paraphr. gr. ad §. 1. I. de ſervitut. auf folgende Art: Εἶχον οἰκίαν, εἶχες δὲ καὶ σὺ πλησίον οἰκίαν. ἔτησά σε,

2) *Servitus stillicidii vel fluminis non recipiendi* kann auf zweierley Art erklärt werden:

a) wenn man dem Nachbar verbieten kann, daß er das Regenwasser, welches auf sein Grundstück fällt, nicht auffangen darf, sondern uns solches zum Gebrauch und Nutzen unsers Grundstücks überlassen muß [55]).

b) Wenn man das Regenwasser eines Andern an einem Orte, wohin es sonst wegen besonderer Statuten fallen oder laufen dürfte, nicht aufzunehmen schuldig ist. Diese letztere Idee bestätiget Theophilus in seiner griechischen Paraphrase über §. 1. *I. de Servitut. praedior.* wo er sagt: σὺ εἶχες τοιοῦτον δικαιον κατὰ τῶν ἐμῶν, οἰκημάτων, καὶ ἠτησά σε, ὡστε μὴ ἐκπέμπειν σε κατὰ τῶν ἐμῶν δωμάτων, ἢ κατὰ τῶν ἐμῶν μεσαύλων τοὺς σταλαγμὸς, ἢ τὸς κρενὸς ἀπὸ τῶν σῶν κεράμων. i. e. *tu habebas tale ius adversus aedes meas,* (sc. ut tibi liceret stillicidia aut flumina ex tuis tegulis derivare in mea tecta, vel in meam aream) *et rogavi te, ut ne derivares in mea tecta, aut in meas areas stillicidia aut flumina ex tuis tegulis.* Dem Theophilus folgen auch

σε, ὥστε μοι ἐξεῖναι τὸς σταλαγμὸς, ἤτοι τὸς κρενοὺς τὸς ἀπὸ τῶν ἐμῶν κεράμων, ἐκπέμπειν κατὰ τῶν σῶν δωμάτων, ἢ κατὰ τοῦ σοῦ μεσαύλε. i. e. *Habebam domum, habebas et tu in propinquo domum; rogavi te, ut mihi liceret stillicidia aut flumina ex meis tegulis derivare in tua tecta, vel in tuam aream.*

55) S. *Iul.* PACII Analys. Institution. ad Lib. II. Tit. 3. de servit. pag. 179. HOFACKER Princip. iur civ. T. II. §. 1089. nr. III. und Höpfner im Commentar über die Institut. des Heinecc. §. 360.

auch Cujaz [56]), a Costa [57]), Vinnius [58]), und Donellus [59]). Der Grund, weswegen Anton Schulting [60]) diesen Begriff verwerfen will, nämlich *quod non sit nova servitus, sed res ad naturalem tantum redeat libertatem*, ist unbedeutend. Warum sollte nicht durch eine Servitut die verloren gegangene natürliche Freyheit wieder hergestellt werden können [61])? Man denke an die *Servitus altius tollendi.*

Die gegenseitigen Verbindlichkeiten der Eigenthümer des dienenden und herrschenden Grundstücks bestehen übrigens bey diesen Servituten darin, daß jener nicht da, wo das Wasser seinen Abfall hat, bauen darf, so daß der Abfluß dadurch gehindert wird [62]); dieser hingegen keine Veränderung mit der Traufe vornehmen darf, welche dem dienenden Grundstück zur größern Beschwerde gereicht. Erleichterung der Servitut hingegen ist keinem Widerspruche unterworfen. Wer das Traufrecht hat, kann daher zwar nach Willkühr das Gefälle erhöhen, aber nicht erniedrigen, so daß der Abfluß stärker wird. Denn das *flumen* ist beschwerlicher, als das *stillicidium.* Eben so darf die Dachtraufe

56) Comment. ad §. 1. de servitut.

57) Comm. ad eund. §. pag. 190.

58) Comm. ad eund. §. 1. eod. nr. 4.

59) Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 5.

60) Iurisprud. Antejustin. ad *Cajum* Lib. II. Tit. 1. §. 3. not. 29. pag. 76.

61) S. KONOPAK Institutionen des Röm. Rechts. §. 273. not. k. p. 195.

62) *L. 20. §. 3. L. 21. D. t.*

traufe zwar weiter einwärts, aber nicht weiter vorwärts in des Nachbars Grundstück hineingerückt werden, so daß die Traufe oder Rinne nun an einen andern Ort fällt, wo sie dem dienstbaren Grundstück beschwerlicher ist. Paulus *L.* 20. §. 5. *D. h. t.* hat sich darüber auf folgende Art erklärt: *Stillicidium* quoquo modo adquisitum, *altius tolli potest*: levior enim fit eo facto servitus; cum quod ex alto cadet, lenius, et interdum direptum, nec perveniat ad locum servientem. *Inferius demitti non potest*, quia fit gravior servitus, id est, pro stillicidio flumen. Eadem causa retro duci potest stillicidium: quia in nostro magis incipiet cadere; *produci non potest*, ne alio loco cadat stillicidium, quam in quo posita servitus est. *Lenius facere poterimus, acrius non*[63]).

§. 672.

Servitus prospectus, et ne prospectui officiatur.

VIII. *Servitus prospectus et ne prospectui officiatur.* Daß die *Servitus prospectus* die freye Aussicht zum Zweck habe, lehrt schon die Benennung derselben. Sie soll also nicht bloß, wie die Lichtdienstbarkeit, einen ungehinderten Einfall des Tageslichts von oben herab, zur Erhellung des dienstberechtigten Gebäudes, sichern, sondern

63) Eine Erläuterung dieser Gesetzstelle und Prüfung ihrer Gründe nach den Grundsätzen der Physic und Mathematic finden wir in den göttingischen gelehrten Beyträgen zum Nutzen und Vergnügen vom Jahre 1768. S. 70. und in Christ. Fried. Tönne von Lüttichau vermischten juristisch. mathematischen Abhandlungen (Altona 1769. 8.) S. 77. ff.

sondern vorzüglich das Vergnügen und die Annehmlichkeit einer freyen Aussicht gewähren. Daher unterscheiden die Gesetze [64]) zwischen *fenestrae luciferae* und *prospectivae*, wie zwischen *lumen* und *prospectus* [65]). Jene unterschieden sich von den letztern vorzüglich auch dadurch, daß sie gewöhnlich in dem obern Theile der Wand angebracht waren, wo man nicht füglich hinaussehen konnte [66]). Soweit ist alles einverstanden. Allein sehr streitig ist es, ob von der *Servitus prospectus*, die *S. ne prospectui officiatur* unterschieden sey, und worin dieser Unterschied bestehe? Viele

64) *L.* 12. §. 2. *et* 3. *Cod. de aedific. privat.*

65) *L.* 16. *D. h. t.*

66) S. HARMENOPULUS in *Manual. Legg.* Lib. II. Tit. 4. nr. 33. wo er (bey MEERMAN in *Supplem. novo Thes. iuris civ. et canon.* pag. 126. sq.) nach der lat. Uebersetzung des Reitz sagt: *Si coecus sit paries adversus alium fenestras prospectivas* (θυρίδας παρακυπτικας) *habentem, et dominus parietis coeci fenestras luciferas* (θυρίδας φωταγωγους) *aperire velit, ei hoc facere liceat; id est, ad distantiam trium cubitorum cum semisse a pavimento ac solo suarum aedium.* Ferner nr. 55. pag. 135. sagt Harmenopulus: *Si vero, cum vetusta sint aedificia, inter illa reperiatur aër liber, decem pedibus angustior, nemini eorum liceat praeter antiquam formam suas extollere aedes, aut fenestras facere. Si tamen intermedii sint decem pedes, neque pauciores, tunc prospectivas quidem aedificanti facere haud licebit, nisi eas antea habuerit, luciferas autem illi facere licet, a sexto pede supra solum sive pavimentum aperiendas.* Man vergleiche auch *Abrah.* HAVERKAMP Specim. ad Constant. *Harmenopuli* Promtuarii Lib. II. Tit. 4. §. 34. Cap. I. (in *Ger.* ORLRICHS *Thes. Dissertation. Belgicar.* Vol. I. Tom. III. pag. 53.)

Viele Rechtsgelehrten [67]) halten sie für einerley Servitut, und verstehen darunter das Recht, dem Nachbar zu verbieten, daß er mir nicht durch Verbauen die Aussicht ins Freye benehme. Andere hingegen nehmen einen Unterschied an, aber wieder auf verschiedene Art. Nach einigen [68]), denen auch Hellfeld beystimmt, sollen sie blos dem Grade nach differiren. Wer nämlich die *Servitus prospectus* hat, könne nur verlangen, daß ihm der Nachbar nicht die Aussicht in sein Grundstück verbaue. Wer hingegen *Servitutem ne prospectui officiatur* hat, könne dem Nachbar jede Unternehmung verwehren, wodurch die freye Aussicht in und über sein Grundstück nur im mindesten gehindert wird. Andere [69]) sagen, beyde Servituten wären eben so verschieden gewesen, wie die *Servitus luminum, et ne luminibus officiatur.* Nämlich *Servitus prospectus* sey das dingliche Recht, Fenster zur Aussicht in einer fremden Wand anlegen zu dürfen, welche der Eigenthümer derselben leiden muß. *S. ne prospectui officiatur* hingegen sey das dingliche Recht, dem Nachbar zu verbieten, daß er nichts auf seinem

67) *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 5. pag. 531 *Lud.* CHARONDAS Πεισαν. s. Verisimil. Lib. I. cap. 5. nr. 5. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* T. I. pag. 697) VOET Comm. h. t. §. 12. *Ger.* NOODT ad Pand. h. t. (*Oper.* Tom. II. pag 214.) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1089. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 607. lit. G.

68) PUFFENDORF Animadverf. iuris. Anim. 33. BOEHMERI Introd. in us Dig. h. t. §. 10 STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 17. Münter von Servituten 1. Th. §. 25. und 26.

69) *Helf.* HUNNIUS Resolut. iuris civ. Lib. II. Tr. II. Qu. 6. WESTPHAL de Servitut. praedior. §. 603. et 604.

nem Grundstück unternehme, wodurch den Fenstern meines Gebäudes die freye Aussicht benommen wird. Vergleichen wir alle darüber vorhandenen Gesetzstellen, nämlich *L.* 3. *L.* 12. *L.* 15. *et L.* 16. *D. h. t. L.* 12. §. 2. 3. *et* 4. *C. de aedif. priv.* so ist nirgends ein Unterschied zwischen *S. prospectus et ne prospectui officiatur* angegeben. Auch Harmenopulus[70]), der von dem prospectu non officiendo so ausführlich handelt, sagt von einem Unterschiede kein Wort. Von dieser Seite verdient also die erste Meinung den Vorzug. Will man indessen die Servitus prospectus nach der Analogie der Servitus luminum erklären, so würde wenigstens kein Gesetz dieser Erklärung widerstreiten. Soviel ist übrigens gewiß, daß diese Servitut auf keine Weise den Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks zur Verschönerung der Aussicht verpflichtet[71]). Er darf sie aber auch nicht durch Aufstellung ekelhafter und Abscheu erregender Gegenstände verschlimmern[72]). Denn der dominans kann mit Recht verlangen, *ne quid ei officiatur ad gratiorem prospectum*, wie Ulpian[73]) sagt.

§. 673.

Servitus cloacae; latrinae; fumi immittendi; aquae immittendae; et cuniculi balnearii habendi.

IX. *Servitus cloacae.* CLOACA ist ein Canal, durch welchen man das unreine Wasser aus seinem Gebäude abzu-

70) Promptuar. Lib. II. Tit. 4. nr. 46. — 51.

71) *L.* 15. §. 1. *D. de Servitut.*

72) S. WESTPHAL de Servitut. praed. §. 605. und Münter von Servituten 1. Th. §. 27.

73) *L.* 15. *D. h. t.*

abzuführen pflegt. Ulpian sagt *L.* 1. § 4 *D. de Cloacis*: CLOACA est *locus cavus, per quem colluvies quaedam fluat.* Diese sind entweder öffentliche, oder Privat-Kloake, je nachdem sie an einem öffentlichen Orte zur Abführung der Unreinigkeiten überhaupt auf gemeine Kosten angelegt sind, und unterhalten werden, oder in einem Privatgrundstück angebracht sind, um das unreine Wasser aus einem Gebäude abzuleiten. Diese werden auf Privatkosten des Eigenthümers unterhalten und ausgebessert, zu dessen Nutzen sie angelegt sind. Auf diese geht auch nur das Interdictum *de cloacis.* Denn die öffentlichen stehen unter öffentlicher Aufsicht [74]). Hat nun Jemand das Recht, vermöge dessen sein Nachbar leiden muß, daß er die Abzucht durch desselben Grundstück führe, so nennt man diese Dienstbarkeit *Servitus cloacae* [75]). Sie muß aber von dem Dienstberechtigten jederzeit so ausgeübt werden, daß für denjenigen, der solche auf seinem Grundstücke leiden muß, kein Nachtheil daraus entsteht [76]). Es ist ihm daher nur erlaubt, das unreine Spül- und Waschwasser dadurch abzuleiten, keinesweges aber Urin und andere übelriechende Dinge abzuführen [77]). Von den Kloaken und deren Anlegung und Reparatur kommen verschiedene merkwürdige Verordnungen im Harmenopulus vor [78]), die hier nicht am unrechten Orte stehen werden.

74) *L.* 1. §. 3. *et* 5. *D. de Cloacis.* S. WESTPHAL §. 1034.

75) *L.* 7. *D. de Servitut.* Sie kann auch eine servitus rustica seyn. *L.* 2. *D. de servit. praedior. rustic.*

76) *De* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. §. 15. not. b.

77) S. Joh. Christ. Conr. Schröters vermischte juristische Abhandlungen. 1. Band S. 474.

78) *Manuale Legum* Lib. II. Tit. 4. nr. 79. 80. et 81. (bey) MEERMAN in *Supplem. Thes. iuris civ. et canon.* pag. 138. sq.)

„*Qui in area sua*, heißt es nach der Reitzischen Version, *colluviarium* (χειστηριω, Goßstein) *non habens, parare velit ad communem vicini murum, in sua communis muri parte prope colluviarium caementitium murum struere debet, cuius crassitudo non minor sit cubito cum besse. Idem et de cloacis dictum esto: sic enim incorruptus permanebit murus communis.*“

„*In faciendis et reficiendis autem cloacis structura a se mutuo in areas et domos admittenda est. Veluti, si ex area alicuius cloacae exeant, debet illius dominus restituere ac sumtus facere, donec ad meatum alterius aulae perveniat: et similiter in caeteris sequentibus usque ad cloacam publicam. Sed si publicus meatus ab extima area longe distet, debebit haec extima quidem area pro rata cum superioribus contribuere, reliquum vero etiam in caeteras partiri, pro ratione suae magnitudinis.*“

„*Cloacarii alvei ita repurgandi ac reficiendi sunt, ut quisque a suo incipiat loco, donec ad aliorum dominorum locum perveniat. Si hortum transeat idem cloacarius alveus, dominus horti irriguam terram effodiet, et possessores repurgabunt, dispertione incipienda a possessore horti, extra quem putredo proiicietur.*“

„*Similiter quoque, si quid opus sit innovandis testis aut tubis canalium, unusquisque a suo meatu incipiens reficiat, donec ad alterius vicini tubum perveniat.*“

„*Qui ex editiore coenaculi colluviario tubum descendentem ad solum facere volet, eum in suo hoc facere oportet, neque alienis muris communicare. Sed si antici-*

ticipatio fuerit ac servitus, et muro aliqua inde corruptela accidat, tunc qui tubi usum habet, in sumtibus muri duplam partem agnoscet. Idem de structura eorum, qui aquas pluvias in lacum deferunt, dictum esto. Uno verbo, omnis fistula, vel tubus sordidae aquae ne ex domo in plateam aut forum, aut porticum publicam, aut vicum, vel ut simpliciter dicam, in communem transitum effluat, sive in urbe sive in pago, propter noxias, quae transeuntibus inde inferuntur."

X. *Servitus latrinae* ist das Recht, den Abtritt (Secessus) oder die Mistgrube (Sterquilinium) auf dem Grundstücke des Nachbars, oder doch näher an demselben zu haben, als sonst nach den Gesetzen oder Statuten des Orts erlaubt ist. Daß diese Servitut den Römern nicht unbekannt gewesen sey, erhellet theils daraus, weil der *latrinae* hin und wieder in den Gesetzen Erwähnung geschieht[79]; theils aus einer Stelle des Alfenus Varus, welcher *L.* 17. §. 2. *D. Si servit. vindicet.* sagt:

Secundum cuius parietem *sterculinium* fecerat, *ex quo paries madescebat*, consulebatur, quemadmodum posset vicinum cogere, *ut sterculinum tolleret*? Respondi, si in loco publico id feciisset, per Interdictum[80]) cogi posse: sed si in privato, *de servitute agere oportere.* Si damni infecti stipulatus esset, possit per eam stipulationem, si quid ex ea re sibi damni datum esset, servare.

79) *L.* 15. §. 1. *D. de Usufr. L.* 12. §. 4. *Cod. de aedific. priv.*

80) Es ist dieses das Interdictum: *ne quid in loco publico fiat.* L. 2. §. 5. et 6. D. Ne quid in loco publ.

Nach dieser Stelle kann ich also actione negatoria gegen meinen Nachbar klagen, wenn er, ohne daß ihm deshalb eine Servitut constituirt worden ist, seine Mistgrube so nahe an meine Wand angelegt hat, daß diese Schaden leidet. Im Harmenopulus [81]) findet sich eine ausführliche Verordnung über die Anlegung der Abtritte und Mistgruben, welche hier um so mehr einen Platz verdient, da sie fast noch gar nicht benutzt worden ist [82]). Harmenopulus sagt nämlich:

„Τον κοπροδοχειον βουλομενον η λιμνην κατασκευασαι εκ νεου εν τοις εαυτε, ει μεν οικοδομητος ειη ὁ τε κοπροδοχειου τοιχος ὁ προσεγγιζων τῳ γειτονι, χρη αφιστασθαι τε τε γειτονος τοιχου πηχεις τρεις, και ουτως οικοδομειν τον τοιχον, εγχωρηγον μεν τοι, και ουκ ελαττονα το παχος πηχεως ενος· πλακουν δε η χαλκουν το τε κοπροδοχειου η της λιμνης τελμα, το προς αυτῳ τῳ γενομενῳ τοιχῳ, αχρι της ημισειας πηχεως· το δε πλατος τριων και τριτον, δια την των σκαπτοντων ορυξιν, και την τε ὑδατος παραρροιαν. Ει δε ορυκτος ειη ὁ τε κοπροδοχειε η της λιμνης τοπος, τοιχου μη γενομενου τηνικαυτα χρη αφισταν αυτον τε τε γειτονος τοιχου την τε κοπρωνος πλευραν την προς τῳ γειτονι, πηχεις εξ και δημοι-

81) Προχειρ. νομων Lib. II. Tit. 4. nr. 78. bey MEERMAN in *Supplem. novi Thes. iuris civ. et canon.* p. 138.

82) *Car. Chr.* HOFACKER, oder vielmehr unter dessen Vorsitz *Anf. Frid.* PISTORIUS in Diss. ad fragmenta, quae ex Alfeni Vari libris XL. Digestorum supersunt. *Tubingae 1775.* hat pag 16—18. die *L. 17. D. Si servit. vindic.* ausführlich erklärt, aber den Harmenopulus dabey nicht benutzt.

διμοιρον, και ουτω την οργυιαν ποιειν. Ει δε τω χρονω υπορυσσομενης της γης επικαταλαβοι τω προειρημενω των τριων πηχεων και τριτε, τηνικαυτα καταναγκαζεσθαι αυτον τον προειρημενον τοιχον ποιειν· και ταυτα μεν, εν οις παρακεινται οικηματα. Ει δε ψιλοι τοποι εισιν οι τε γειτονος, των ειρημενων μετρων το ἡμισυ· ει δε αμφοτερων ειησαν των μερων κοπρωνες, αφιεντες πηχεις αλληλων μεταξυ δυο, τουτο ποιειτωσαν." d. i. nach der Reitzischen Ueberſetzung: *Qui latrinam aut ſterquilinium vel ſtagnum in ſuo de novo facere vult, ſi ſtructilis ſit ſterquilinii murus, qui vicino eſt proximus, cubitos* [83]) *tres a vicini pariete diſtare debet, et ſic murum conſtruere, caementitium tamen, nec latitudine minorem cubito uno: tabulatam vero aut aeneam ſterquilinii vel ſtagni lacunam, quae ad ipſum exſtructum eſt murum, ad ſemiſſem usque cubiti* [84]). *Sed latitudo ſit trium cubitorum ac trientis, propter foſſorum operam et aquae effluxionem. Quod ſi foſſitius ſit ſterquilinii aut ſtagni locus, neque murus exſtruatur, tum latus ſterquilinii, a vicino proximum, ſex cubitos et beſſem a vicini muro removendum eſt, et ſic foſſio incipienda.*

83) Was *cubitus* ſey, erklärt HARMENOPULUS Lib. II. Tit. 4. nr. 12. (bey MEERMAN pag. 117.) *Digitus eſt primus, ſicut unitas in numeris. Palmus habet digitos quatuor. Cubitus habet ſesquipedem; ſive palmos ſex.*

84) *Bernh. a* REY in *Epitome iuris civ. Conſt. Harmenopuli ab Eo in latin. linguam converſa. (Coloniae 1547. 8.)* pag. 222. überſetzt dieſe etwas dunkele Stelle deutlicher ſo: *extremitatem autem latrinae, vel ſtagni, ex tabulis, vel aere, quae ad dimidium usque cubiti exſtructo parieti adjicienda eſt.*

Si vero suffossa temporis lapsu tellure, ad dictam trium cubitorum et trientis mensuram accedatur, tunc cogetur dictum murum exstruere. Et haec quidem, ubi aedificia adjacent: at si loca vicini sunt vacua, dictarum mensurarum dimidium abstinebit. Quodsi utrimque sint sterquilinia, relictis inter se cubitis duobus, illa faciant."

Auch in den alten deutschen Rechtssammlungen finden wir darüber Verordnungen, welche auch noch zum Theil in Deutschland befolgt werden. So heißt es in dem Sachsenspiegel 2. Buch Art. 51.

„Ofen, Gänge oder Schleusen (cloacae) und Schweinkoben sollen drey Fuß vom Zaun stehen."

Fast eben so lehrt das Sächsische Weichbild Art. 122.

„Backöfen, Heimlichkeiten und Schweinkoben sollen drey Fuß von dem Zaun stehen."

Daß dieses Recht auch heut zu Tage in den Provinzen Deutschlands gelte, wo das Sächsische Recht sich im Gebrauche erhalten hat, bezeugen Carpzov [85]) und Berger [86]). Auser den Ländern des Sächsischen Rechts müsse man jedoch, sagt Leyser [87]), nach der *L.* 13. *D. fin. regundorum* sprechen, wo es heißt:

Qui scrobem foderit, *quantum profunditatis habuerit*, tantum spatii relinquito.

Soviel

85) Decis. 108.

86) Oeconom. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 15. Not. 1.

87) Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CVII. medit. 4. et 5.

Soviel erhellet indessen aus allem, daß man, in Ermangelung bestimmter Gesetze, wenigstens immer so weit mit der Mistgrube von des Nachbars Wand entfernt bleiben muß, daß derselben daraus kein Schaden entsteht [88]), oder man muß sich deshalb eine Servitut constituiren lassen.

Ausser diesen Servituten werden in unsern Gesetzen noch folgende Servitutes urbanae erwähnt.

XI. *Servitus fumi immittendi* seu *recipiendi*, oder das Recht, vermöge dessen mein Nachbar den Rauch aus meinem Gebäude aufnehmen muß. Zwar ist es jedem Eigenthümer erlaubt, in seinen Oefen und auf seinem Heerd Feuer zu machen. Allein ich darf auch meinem Nachbar durch den verursachten Rauch nicht beschwerlich fallen, sondern er kann sich dieses mit der actio negatoria verbitten, wofern nicht deshalb eine Servitut constituirt wird [89]).

XII. *Servitus aquae immittendae in aedes f. aream vicini*, vermöge deren mein Nachbar leiden muß, daß ich das

88) Vergl. STRYCK Tr. de iure sensuum. Dissert. V. Cap. 3. nr. 19. sqq. und HUBERI Praelect. ad Pandect. h. t. § 12.

89) *L. 8. §. 5. et 6. D. Si servit. vindicet.* Das Beyspiel, welches Ulpian hier von dem Räuchern der Käse giebt, erklärt BRISSONIUS Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. IV. cap. 15. Die Antinomie hingegen, welche einige in diesem Fragment gefunden haben wollen, conciliiren *Ios.* NERIUS Analector. Lib. II. cap. 34. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. II. pag. 372.) *Ulr.* HUBER Eunom. Rom. pag. 389. sq. und VOET Comm. ad Pandect. h. t. §. 14. Man vergleiche auch die *Basilica* Tom. VI. Lib. LVIII. Tit. 5. pag. 772.

das Wasser aus meinem Gebäude in sein Grundstück schütte. Ulpian gedenkt derselben *L.* 8. §. 5. *D. Si servit. vindic.* und

XIII. *Servitus cuniculi balnearii habendi*, das Recht die Dünste in seinem Badehause durch Röhren in des Nachbars Grundstück abzuleiten. Auch dieser geschieht *L.* 8. §. 7. *D. eod.* Erwähnung [90]).

Es hat keinen Zweifel, daß heut zu Tage noch manche andere Servituten bey Gebäuden vorkommen können, deren in den Röm. Gesetzen keine Erwähnung geschieht, je nachdem das mannichfaltige Bedürfniß oder auch die Bequemlichkeit dazu die Veranlassung geben kann.

90) Wenn es daselbst heißt: In balneis vaporibus, cum Quintilia cuniculum pergentem in Vrsi Iulii instruxisset, placuit, potuisse tales servitutes imponi; so ist nach *Vrsi Iulii* das Wort *fundum* zu suppliren. Die Vulgata lieset *in hortum*. Allein schon *Ant.* AUGUSTINUS Emendation. et Opinion. Lib. II. cap. 1. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. Iur. Rom.* Tom. IV. pag. 1464.) hat bemerkt, daß die Ellipsis der florentinischen Lesart eine Eleganz, und ex graeco dicendi genere zu erklären sey. Man sehe auch WESTPHAL §. 610. not. 534.

Lib. VIII. Tit. III.

De servitutibus praediorum rusticorum.

§. 674.

Servitus itineris.

Von den Servitutibus praediorum rusticorum bemerkt Paulus *L.* 3. *D. de Servitut.* als unterscheidendes Merkmal, quod *in solo* consistant. *Solum* ist hier soviel, als *area* [91]). Sie erfordern also zu ihrer Existenz und Ausübung gewöhnlich kein Gebäude, wie die Servitutes urbanae. Auch diese können sehr mannichfaltig seyn. Als Beyspiele werden in den Gesetzen folgende angeführt: *iter*, *actus*, *via*, *servitus pascendi*, *aquae ductus*, *aquae haustus*, *pecoris ad aquam appulsus*, *calcis coquendae*, *arenae fodiendae* u. s. m. Wir wollen sie jetzt einzeln erklären.

I. *Servitus itineris*, s. *iter*. Man versteht darunter das Recht, sich eines Fußsteigs über das Grundstück eines Andern zum Gehen oder Reiten zu bedienen, oder auch sich in einer Sänfte darüber tragen zu lassen. Ulpian sagt *L.* 1. *pr. D. h. t.* ITER est ius eundi ambulandi hominis, non etiam iumentum agendi, und Tribonian setzt *Pr. I. de Servitut.* noch die Worte hinzu: vel vehiculum. Das *ambulare* erklärt man gewöhn-

91) S. *Em.* MERILLIUS ad h. L. 3. bey OTTO Tom. III. pag. 636. Man vergleiche auch den 9. Th. dieses Commentars §. 622. S. 26.

wöhnlich durch spatiari, wie auch Hellfeld; und Fabrotus macht deswegen dem Theophilus den Vorwurf, er habe den Begriff von *iter* nicht richtig gefaßt, wenn er in seiner griechischen Paraphrase *ad Princ. Instit. de Servitut. praedior.* ihn so erklärt: οἷον εἶχον ἀγρὸν ἐγὼ, εἶχες δὲ καὶ σὺ πλησίον ἀγρὸν. βουλόμενος ἐγὼ ἐπὶ τὸν ἐμὸν ἀγρὸν ἀπιέναι, ἐδεόμην πολλοῦ κύκλου; ἠτησά σε, ἵνα παραχωρήσῃς μοι iter, τετέστιν ὥστε ἐξεῖναί μοι βαδίζειν διὰ τῆ σῆ ἀγρῆ. σύντομος γὰρ ἦν αὕτη ἐπὶ τὸν ἐμὸν ἀγρὸν φέρουσα. παρεχώρησάς μοι τὸ iter, ὥστε με παριέναι, οὐ μετὰ ὑποζυγίε οὐδὲ μετὰ ὀχήματος. d. i. nach der Reitzischen Version: *Veluti ego agrum habebam, habebas et tu agrum in propinquo: ego volens in meum abire agrum, multo indigebam circuitu: rogavi te, ut* ITER *mihi concederes, id est, ut liceret mihi per tuum ire agrum; compendiaria enim erat haec, quae in agrum meum ducebat, via: concessisti mihi iter, ut transirem non cum iumento, neque cum vehiculo.* Allein wie ganz ungegründet diese Beschuldigung, und wie unrichtig dagegen die Erklärung von *ambulare* sey, hat schon Joh. Daniel Ritter[92]) gezeigt. Es hat zwar an sich keinen Zweifel, daß derjenige, dem das ius itineris zusteht, sich auch wohl des Fußweges zu einem Spaziergange bedienen könne. Allein das gehört doch offenbar nicht zum Begriff dieser Servitut, weil es gegen die Natur einer Realdienstbarkeit streitet, wenn man sich solche darum wollte constituiren lassen, *ut spatiari in alieno possimus*, wie uns Paulus[93]) ausdrücklich lehrt. *Ambu-*

92) Diss. de itineris, actus, et viae differentia: inserta Tom. II. *Paraphras. graecae Theophili a* REITZIO *editae.* Excurs. XIX. pag. 1227.

93) *L. 8. pr. D. de Servitut.*

Ambulare heißt vielmehr nach einer richtigeren Erklärung des **Ulrich Hubers**[94]) soviel, als *ultro citroque commeare ad usus praedio necessarios*, hin und wieder gehen, so oft man will, um das Grundstück, zu dessen Nutzen iter constituirt ist, mit Bequemlichkeit gebrauchen zu können; welches **Theophilus** durch das Wort περιέναι ganz richtig ausgedruckt hat. Daß sich **Theophilus** hierbey auch keinen bloßen Spaziergang gedacht habe, beweißt der von ihm angegebene Grund zur Constitution dieser Servitut: *Nam hoc iter compendio ducebat in fundum meum.* Durch die Worte βαδίζειν και περιεναι δια τε αγρε hat also der griechische Paraphrast das *ire et ambulare per fundum* vollkommen ausgedruckt. Daß man sich des Fußweges jedoch auch zum Reiten bedienen könne, sagt **Modestin** *L.* 12 *D h. t.* wo es heißt: ITER est enim, *qua quis pedes vel eques commeare potest*; ja daß das Recht des Fußsteigs sogar die Befugniß mit einschließe, sich in einer Sänfte über des Andern Grundstück tragen zu lassen, bemerkt ausdrücklich **Paulus** *L. 7. pr. D. h. t.* wenn er sagt: Qui *sella* aut *lectica vehitur*, IRE, non agere dicitur. Sowohl *Sella* als *Lectica* wurden nämlich bey den Römern von Sklaven getragen[95]), und unterschieden sich hierin sowohl von *Baster-*

94) Praelect. ad Institut. Iustinian. Lib. II. Tit. 3. §. 2. lit. d. pag. 156. Man vergleiche auch *Franc.* HOTOMANI Commentar. ad Princ. I. de servitutib. praed. pag. 135. und *Arn.* VINNII Commentar. ad idem Princ. I. nr. 2. de Servitut.

95) SENECA *Epist. 49. et Ep. 111.* Idem *Lib. III. de Beneficiis* cap. 4. IUVENAL. *Satyr.* 9. CLAUDIAN. *in 4to Cons. Honorii.* Die Sklaven wurden davon *lecticarii* genennt. *L. 8. §. ult. D. de legat. I. L. 65. pr. D. de legat. II. L. 49. pr. D. de legat. III. L. 99. §. 4. eod. L. 13. in fin. D. de auro et arg. leg. L. 29. pr. D. de verb. oblig.*

sternis, oder Sänften, die von Maulthieren (*Burdones*) getragen wurden, und besonders für die römischen Damen bestimmt waren[96]; als von *Carrucis*, welche mit Rädern versehen waren, und von Maulthieren gezogen wurden[97]. Darin aber waren *Sella* und *Lectica* unterschieden, daß man in jener sitzend[98], in dieser hingegen auf einem Ruhebette liegend getragen wurde[99], daher die *Lectica* auch *cubile*[100], *torus*[1], auch *grabatus*[2] von den Alten genennt wird.

Die

96) ISIDORUS *Origin. Lib.* 20. *cap.* 12. sagt *Basterna* vehiculum itineris, quasi viae sterna mollibus stramentis est posita, a duobus animalibus deportatur. Das alte Epigramm gehört besonders hierher:

Aurea matronas claudit Basterna pudicas,
Hanc geminus portat duplici sub robore burdo.

Burdo ist nach ISIDORUS *Lib.* 12. *cap.* 2. mulus ex equo et asina. Man sehe auch *L.* 49. *pr. D. de legat.* 3.

97) *L.* 17. §. 4. *D. Commodati. L.* 13. *pr. D. de auro et arg. legato.* PAULUS *Sentent. Recept. Lib. III. Tit.* 6. § 91. Daher *mulae carrucariae* bey ULPIAN. *L.* 38. §. 8. *D. de aedilit. Edicto.*

98) SENECA *de brevitate vitae* Cap. 12. nr. 6. et ad eund. loc. *Frid. Ern.* RUHKOPF. Vol. I. *Operum* SENECAE *ab Eo editor. Lipsiae* 1797. pag. 517.

99) CICERO in *Verrem. Lib. IV. cap.* 23. Eine Lectica wurde bald von 8 Sklaven getragen, und hieß *Octophorum: L.* 8. §. *ult. D. de legat. I.* SUETONIUS in *Callig.* bald von 6 Sklaven, *Hexaphorum:* gewöhnlich aber von 4 Sklaven. Eine *Sella* hingegen wurde immer nur von zwey Sklaven getragen. S. *Iof.* AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. I. cap. 30. nr. 8 — 11. und LIPSIUS Elector. Lib. I. c. 19.

100) SENECA *de Benefic.* Lib. III. c. 4.

1) OVIDIUS *Lib. I. de arte amandi.*

2) CATULLUS *Epigram.* 10.

Die Breite des Fußweges ist nicht gesetzlich bestimmt. Es kommt also zunächst darauf an, was deshalb bey der Bestellung dieser Servitut durch Testament oder Uebereinkunft der Partheyen ist festgesetzt worden. Außerdem muß der Streit nach der Lage des Orts und nach der richterlichen Billigkeit entschieden werden. Javolenus sagt *L.* 13. §. 2. *D. h. t.* Latitudo itineris ea est, *quae demonstrata est*: quod si nihil dictum est, hoc *ab arbitro* statuendum est. Zwar darf iter nie weniger als die Breite von zwey Fuß enthalten; und die Servitut ist gültig constituirt, wenn man nur auf dem Fußsteige gehen kann, gesetzt auch, daß man wegen des engen Raums weder daselbst reiten, noch sich mit einer Sänfte könnte tragen lassen. Denn hier entscheidet blos die Uebereinkunft der Partheyen. Allein wenn in Ermangelung einer solchen Bestimmung der Streit über die Breite des Weges vom Richter zu entscheiden ist, so muß der Billigkeit nach auch darauf Rücksicht genommen werden, daß man sich des Weges auch zum Reiten bedienen, nicht minder solchen mit einer Sänfte oder einem Tragsessel benutzen könne. Dazu würden vier bis fünf Fuß hinreichen, welche mit Recht gefordert werden können [3]). Es wird daher der Raum gegen die Natur dieser Dienstbarkeit offenbar zu sehr beschränkt, wenn man mit Alexander ab Alexandro [4]) zur Regel annimmt: *iter pedes duos tantum latitudinis habere.*

Zur *Servitus itineris* zählt man auch das Recht, über einen See auf des Nachbars Grundstück schiffen zu dür-

3) Man vergleiche *Ios.* AVERANII Interpretat. iuris Lib. I. cap. 30. nr. 14. und Münter von Servituten. 1. Th. §. 44.

4) *Genial. Dierum.* Lib. II. cap. 20.

dürfen, um zu einem gegenüber liegenden Grundstück zu kommen. Dieser *Servitus navigandi* gedenkt Paulus *L.* 23. §. 1. *D h. t.* ausdrücklich. Cujaz[5]) meint daher, daß der Definition vom iter nach *ambulandi* noch das Wort *navigandi* hinzugefügt werden müsse. Marcilius[6]) hält jedoch dieses darum nicht für nöthig, weil das Schiff gleichsam die Stelle des Pferdes vertritt. Plautus[7]) nennt das Schiff sehr naiv einen *equus ligneus*.

§. 675.

Servitus actus.

II. *Servitus actus* oder *Actus* schlechtweg ist das Recht, vermöge dessen der Besitzer eines Grundstücks befugt ist, über das Grundstück des Andern sein Vieh zu treiben. Viehtrieb, Trifftgerechtigkeit. In dieser Servitut ist zwar auch der Regel nach sowohl das Recht begriffen, über das dienstbare Grundstück allein und ohne Vieh zu gehen, (*iter*) als auch das Recht, mit einem solchen Wagen zu fahren, als die Breite des zum Viehtrieb eingeräumten Weges gestattet. Doch kann sowohl das eine, als das andere, auch davon getrennt seyn, denn nur der Viehtrieb macht den wesentlichen und unterscheidenden Charakter dieser Servitut aus. Man theilt daher den *Actus* ein in *plenus* und *minus plenus*, je nachdem alle gesetzliche Bestimmungen dieser Servitut

5) Observation. Lib. XI. cap. 3.

6) Ad princ. I. de Servitut. in *Ian. a* COSTA *Commentar. ad Institut.* pag. 187.

7) In *Rudente.* Act. I. Sc. 5. v. 10.

vitut vorhanden sind, oder nicht [8]). Die Richtigkeit des angegebenen Begriffs beweißt nicht nur der Römische Sprachgebrauch, sondern sie wird auch durch die deutlichsten Stellen unserer Gesetze, so wie durch die Auctorität der Griechen außer Zweifel gesetzt.

1) Das Wort *agere*, wovon die Benennung ACTUS, wie schon Ovid [9]) bemerkt hat, herstammt, heißt in seiner ursprünglichen Bedeutung soviel als Etwas vor sich hertreiben, und wird eigentlich von Thieren gebraucht, die man zu treiben pflegt. Nicht nur Cajus bezeugt dieses, wenn er *L.* 235. *D. de V. Signif.* sagt: *Agi* proprie dicimus ea, *quae animalia sunt* [10]); sondern eben dies bestätigt auch Servius, wenn er über die Stelle Virgils [11]): *en ipse capellas protinus aeger ago*, die Bemerkung macht: *ago* autem dicitur proprie, *nam* AGI *dicuntur* PECORA.

2) Die Gesetzstellen in unserm corpus iuris civ., welche vom *actus* handeln, sind folgende.

Ulpian sagt *L.* 1. *D. h. t.* ACTUS *est ius agendi vel iumentum vel vehiculum.* Itaque qui *iter* habet, *actum* non habet; *qui actum habet, et iter habet etiam sine iumento.*

Justi-

8) S. *Car. Frid.* WALCHII Diss. de actu minus pleno. *Ienae 1762.* (in *Opuscul.* Vol. I. pag. 108. sqq.)

9) Lib. I. *Fastor.* v. 321.

10) Ganz ohne Grund ist daher Paulus von Laurentius Valla bey *Car. Andr.* DUCKER in *Opuscul. var. de Latinitate veter. ICtor.* pag. 178. sq. getadelt worden. Denn daß das Wort *agere* mehrere Bedeutungen hat, gehört gar nicht hieher.

11) *Eclog. I. v.* 12.

Justinian hat fast dieselben Worte §. 1. *I. de Servitutibus praed.* beybehalten. Es heißt nämlich daselbst: ACTUS *est ius agendi vel iumentum vel vehiculum.* Itaque qui habet *iter*, actum non habet: qui *actum* habet, et *iter* habet, *eoque uti potest etiam sine iumento.* Nur in verschiedenen glossirten Ausgaben der Institutionen, nämlich der des Baudoza, Lyon 1593. des Hugo a Porta, Lyon 1572 f. und einer andern, welche *Venetiis per Baptistam de Tortis MCCCCLXXXXV.* erschienen ist, und welche ich selbst besitze, findet sich hier eine, auch selbst in dem Gebauerschen Corpus iuris nicht bemerkte Variante. Es heißt nämlich daselbst: ACTUS *est ius eundi ambulandi hominis, agendi iumentum vel vehiculum. Itaque qui habet iter; actum non habet: sed qui habet actum, iter habet, eoque uti potest etiam sine iumento.* Anton Faber [12]) hält jedoch mit Recht jenen Zusatz für eine Glosse, weil diese Worte in den bessern Ausgaben und Handschriften fehlen. Justinian scheint also hier mehr den Ulpian, als den Cajus vor Augen gehabt zu haben. Unmöglich kann aber auch wohl Cajus geschrieben haben, was ihm jetzt in den auf uns gekommenen Fragmenten seiner Institutionen *Lib. II. Tit.* 1. §. 3. angedichtet wird, wo es heißt: Praediorum vero rusticorum iura sunt, VIA vel ITER, *per quod pecus, aut animalia debent ambulare.* und die Bemerkung, so derb sie auch ausgedrückt ist, ist doch übrigens so unrecht nicht, welche Jacob Oiselius [13]) hierbey gemacht hat, wenn er sagt: Credo, Aniane, temetipsum inter pecora numerasse, cum haec scriberes. Quare non

12) Conjecturar. iuris civ. Lib. I. cap. 20. pag. 23.

13) In *Ant.* SCHULTINGII *Iurisprud. Antejustin.* pag. 78. not. 35.

non eodem iure vel *actum* addis? Ein neuer Beweis, wie wenig man auf diese Fragmente bauen kann. Ich will mich übrigens bey den unnützen Critiken eines **Franz Hotomanns**[14]), welcher statt *iumentum* vielmehr *armentum* gelesen wissen will, und eines **Anton Fabers**[15]), welcher die Worte *etiam sine iumento* für ein Glossem eines unwissenden Auslegers hält, nicht aufhalten. Die durchgehends übereinstimmende Lesart widerlegt beyde zur Gnüge[16]).

Merkwürdig ist ferner die Stelle aus *L.* 12. *D. h. t.* wo **Modestin** sagt: *Actus* est, ubi et *armenta* trajicere, et vehiculum ducere liceat. In diesem Begriff findet sich besonders das Unterscheidende, daß statt des Worts *iumentum*, das Wort *armenta* gebraucht wird. Zwar unterscheiden die Gesetze zwischen *iumenta* und *armenta*. **Pomponius** sagt *L* 89. *pr. D. de Verb. signif.* ausdrücklich: Boves magis *armentorum*, quam *iumentorum* generis appellantur. Daß auch unter der Benennung *iumenta* nicht alle Vieharten begriffen sind, erhellet aus einer Stelle **Ulpians**, welcher L. 8. §. 4. *D. de aedilit. edicto* sagt: *Iumentorum* autem appellatione an *omne pecus* contineatur, videamus? et difficile est, ut contineatur: nam aliud significant *iumenta*, aliud significatur *pecoris* appellatione. *Iumenta* nannten die Römer solche Thiere, die sie zum Ziehen und Lasttragen gebrauchten; sie rechneten dahin

14) Commentar. ad Institut. Tit. de Servitut. pag. 136. et in Observation. Lib. II. cap. 7.

15) Conjectur. iur. civ. Lib. I. cap. ult.

16) S. VINNII Commentar. ad pr. I. de Servitut. nr. 3. 4. et 5.

Pferde und Maulthiere [17]). *Armenta* hingegen nannten sie Heerden der größern vierfüßigen Hausthiere, vorzüglich waren unter dieser Benennung die Ochsen begriffen, welche man besonders zum Pflügen gebrauchte. Hiervon unterschied man die Heerden der kleinern Hausthiere z. B. der Schaafe, Ziegen u. d. m. durch die Benennung *grex* [18]). *Pecora* wurden endlich alle Thiere genennt, welche man heerdenweise zu treiben pflegte, sie mögen zu den größern oder kleinern Thieren gehören [19]). Indessen läßt sich doch wenigstens aus den Ausdrücken *iumentum* und *armenta*, welche die Römischen Rechtsgelehrten in ihre Begriffe vom *actus* aufgenommen haben, soviel schließen, daß man vermöge dieser Servitut befugt sey, *animalia maiora* über das dienstbare Grundstück zu treiben. Es hat daher auch wohl keinen Zweifel, daß wer zu dem Größeren berechtiget ist, es der Regel nach auch zu dem Geringern in derselben Art sey [20]); und daß man folglich auch pecora minora und greges über das Grundstück treiben dürfe, worauf man einmal die *Servitus actus* erworben hat [21]).

Daß

17) GELLIUS *Noct. Attic.* Lib. XXI. c. 1. COLUMELLA Lib. VI. cap. ult. *Barn.* BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Iumentum.* und *Io.* GOEDDAEUS in Comm. repetitae praelect. in Tit. 16. Libri L. Pand. ad L. 89. pr. D. de Reg. iur. p. 725. sqq.

18) *L. 1. §. ult. D. de rei vindic. L. 12. §. 3. D. de usu et habitat. L. 81. § ult. D. de legat. III.* BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Armentum.*

19) *L. 65. §. ult. D. de legat. III.* BRISSONIUS v. *Pecus.*

20) *L. 21. D. de Reg. iur.* S. *I. L. E.* PÜTTMANNI Adversarior. iuris univ. Lib. I. cap. 5.

21) WALCH cit. Diff. §. 7.

Daß das Recht des Viehtreibes den wesentlichen Character des *actus* ausmacht, beweißt ferner noch vorzüglich eine Stelle des **Pomponius**, welcher *L.* 13. *D. de servit.* sagt: Si, tam angusti loci demonstratione facta, *via* concessa fuerit, ut neque vehiculum, neque iumentum ea inire possit; *iter* magis, quam *via*, aut *actus* adquisitus videbitur. *Sed si iumentum ea deduci poterit, non etiam vehiculum*, ACTUS *videtur adquisitus.* Wir haben hier zugleich ein Beyspiel von einem *actus minus plenus*, welcher mit dem Recht zu fahren nicht verbunden ist. Ein offenbarer Irrthum ist es hingegen, wenn **Franz Hotoman**[22]) vermöge dieser Stelle in jedem Falle die *Servitus actus* bloß auf das Recht des Viehtriebs einschränken, und das Fahrrecht gänzlich davon ausschließen will. Denn da nicht nur **Ulpian**, und nach ihm **Justinian** in den oben angeführten Stellen den *actus* ausdrücklich definiren, *eum esse ius agendi vel iumentum vel vehiculum*; sondern auch **Paulus** *L.* 7. *D. h. t.* ausdrücklich sagt: Qui *actum* habet, *et plaustrum ducere*, et *iumenta agere* potest; so ist es in der That ein unerhörtes Beyspiel einer gewagten Critic, wenn **Hotoman** dennoch statt der Worte *vel vehiculum*, gegen alle fides Codicum, *non etiam vehiculum* lesen will. Eine solche Verwegenheit war würdig der Castigation, mit welcher sie von **Bachov**[23]), **Vinnius**[24]), **Huber**[25]),

22) Observation. Lib. II. cap. 21.

23) Ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. XVII. Th. IV. Lit. C.

24) Commentar. ad princ. I. de Servitut. nr. 4.

25) Eunom. Rom. pag. 377. et in Digression. Iustinian. Lib. II. cap. 13. §. 2.

Menagius[26]), Noodt[27]), Wolbers[28]) und Jauch[29]) verworfen worden ist. Nicht minder bestätigend sind

3) auch die Zeugnisse der griechischen Ausleger.

Theophilus in seiner griechischen Paraphrase der Institutionen *Lib. II Tit. 3 pr.* sagt:

Actus δέ ἐστιν ἐλασία, ὅτε αἰτήσω σε, ὥστε ἐξεῖναί μοι διὰ τῆς σῆς βαδίξειν ἀγρὸν μετὰ ὑποζυγίε ἢ ὀχήματος. ὥστε οὖν ὁ ἔχων το iter, οὐκ ἔχει το actus. μετὰ γὰρ ὑποζυγίε ἢ ὀχήματος παρεῖναι οὐ δύναται. ὁ δὲ ἔχων τὸ actus, ἔχει καὶ το iter: δύναται γὰρ καὶ μόνος, καὶ μετὰ ὑποζυγίου παρεῖναι. i. e. *Actus autem est Graecis* ελασια, *cum rogavero te, ut mihi liceat per agrum tuum ire cum iumento aut vehiculo. Itaque, qui habet iter, actum non habet: nam cum iumento aut vehiculo transire non potest: qui vero actum habet, habet etiam iter; potest enim et solus et cum iumento transire.*

Ferner in den Basiliken[30]) *Lib. LVIII. Tit. 3. L. 1.* heißt es:

Πάροδος ἐστὶ, τὸ ἐλαύνειν θρέμμα[31]) ἢ ὑποζύγιον. ὁ ἔχων οὖν τὴν πάροδον, ἔχει καὶ τὸ μονοπάτιον. i. e. *Actus*

26) Amoenitat. iuris civ. Cap. 36.

27) Comment. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 216.

28) Observation. Decad. Cap. 1. pag. 6.

29) Meditat critic. de Negationib. Pandect. Florentin. Cap. XIV. pag. 204.

30) Tom. VI. pag. 769. der Fabrotischen Ausgabe.

31) Einige wollen für θρέμμα lieber ὄχημα, vehiculum, lesen, als MENAGIUS in Amoenitat. iuris cap. 36. und HUBER in Eunom. Rom. pag. 377. Allein daß zu dieser Emendation kein hinreichender Grund vorhanden sey, zeigt WALCH cit. Diss. §. 3. in fin. et §. 7. not. o.

Actus est, agere pecus aut iumentum. Itaque qui actum habet, et iter habet.

Diese Stelle bestärkt zugleich die vorhin gemachte Bemerkung, daß die Servitus actus mit allen Arten und Heerden Vieh ausgeübt werden könne. Denn unter θρέμματα verstehen die Griechen vorzüglich Schaafe [32]).

Endlich kommt noch in dem griechischen Glossarium über die Basiliken [33]) unter dem Wort Ἄκτους folgende Erklärung vor: δίκαιον τοῦ βαδίζειν με διὰ σὲ μετ' ὑποζυγίου. i. e. *Actus* est *ius eundi per tuum cum iumento.*

In den beyden letztern Stellen scheint zwar das Recht zu fahren, ausgeschlossen zu seyn. Allein es kann füglich unter dem Worte ὑποζύγιον begriffen werden. Denn dieses griechische Wort bedeutet eigentlich soviel als *animal iugo subditum, ut trahat vehiculum*, von ὑπὸ und ζεύγνυμι, *sub*, vel *adjungo*. So wie nun das lateinische Wort *iumentum*, welches die Alten ebenfalls *a iungendo* ableiten, auch für *vectabulum*, *quod adjunctis pecoribus trahitur*, genommen wird, wie Sextus Cäcilius beym Aulus Gellius [34]) bezeugt; so steht nichts im Wege, warum nicht bey ὑποζύγιον die nämliche Erklärung Statt finden sollte [35]).

32) S. HESYCHIUS in Lexico v. θρέμμα pag. 1729. edit. *Io.* ALBERTI, und SUIDAS in Lexico T. II. pag. 204. edit. KUSTERI.

33) S. Veteres Glossae verbor. iuris in Basilicis a *Car.* LABBAEO digestae, *Ios.* SCALIGERO emendat. et notis *Ant.* SCHULTINGII illustratae: (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. III. pag. 1711.)

34) *Noct. Atticar.* Lib. XX. c. 1.

35) S. *Ulr.* HUBERI Digression. Iustinian. Lib. II. cap. 13. §. 3. pag. 613. seq.

Die Breite des Weges ist übrigens bey dieser Servitut so wenig, wie beym iter, im Römischen Recht bestimmt. Man behauptet zwar gewöhnlich, mit Beziehung auf Varro[36]) und Isidorus[37]), sie habe vier Fuß betragen, den Fuß zu vier palmi oder sechzehen digiti gerechnet[38]). Allein entweder reden beyde nur vom actus minus plenus, wie Aug. Fried. Schott[39]) behauptet, oder es ist daselbst gar nicht einmal die Rede von der Servitus actus, sondern von einem modus seu mensura agri, ut iugerum et arpennis, wie Joh. D'Avezan[40]) dafür hält. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so widerstreitet jener Behauptung offenbar Javolenus, welcher in der oben angeführten *L* 13 § 2. *D h. t.* ausdrücklich sagt: *Latitudo actus* ea est, *quae demonstrata est.* Quodsi nihil dictum est, hoc *ab arbitro* statuendum est. Nach dieser deutlichen Vorschrift muß also in Ermangelung einer besondern Uebereinkunft, die Breite des Weges theils nach der Lage des Orts, theils nach der Anzahl und Beschaffenheit des Viehes, das durchgetrieben werden soll, bestimmt werden. Besonders ist auch darauf Rücksicht zu nehmen, ob der *actus* mit allen, nach rechtlicher

36) *De lingua latina* Lib. IV. cap. 4. *Actus finis minimus constitutus in latitudinem pedes quatuor.*

37) *Origin.* Lib. XV. cap. 15. *Actus est minimus latitudine pedum quatuor; longitudine centum sexaginta.*

38) S. ALEX *ab* ALEXANDRO *Genial. Dier.* L. II. cap. 20.

39) Observat. de vero actus et viae discrimine. §. 5. (in *Opuscul. iuridic. Lipsiae. 1770. edit.* pag. 246. sqq.)

40) Servitutum libr. P. III. Cap. 18. bey MEERMAN Tom. IV. pag. 166. wo er sagt: *Duo actus quadrati iugerum conficiunt, cuius figuram descripserunt varii auctores.*

cher Bestimmung, darin begriffenen Rechten, oder nur auf eine eingeschränkte Art ist eingeräumt worden. Ein *actus minus plenus* läßt sich nämlich auf verschiedene Art gedenken.

1) Wenn das Recht zu fahren ausdrücklich ausgeschlossen worden ist, oder wegen des zum Viehtrieb angewiesenen engen Weges für stillschweigend ausgeschlossen angenommen werden muß. Von dieser Art des actus minus pleni handelt **Pomponius** *L.* 13. *D. de Servitut*, welche Stelle schon oben unter den Beweisstellen wörtlich angeführt worden ist.

2) Wenn das ius itineris fehlt. Zwar läßt sich das Recht, Vieh zu treiben, nicht gedenken, ohne auch zugleich berechtiget zu seyn, über den Weg gehen zu dürfen. Allein insofern der Fußweg nicht gerade zur Ausübung der Viehtrifft nothwendig ist, sondern man sich des Weges bedienen kann, auch wenn man ohne Vieh gehen will; kann das ius itineris allerdings von dem eingeräumten actus ausgenommen werden. Auf solche Art sind **Paulus** und **Ulpian** mit einander zu vereinigen, wenn jener *L.* 1. *D. de adim. legat.* sagt: Qui, actu legato, iter adimat, nihil adimit, *quia nunquam actus sine itinere esse potest*; dieser hingegen *L.* 4. §. 1. *D. Quem. servitut. amitt.* lehrt: Qui iter sine actu; vel *actum sine itinere habet*, actione de servitute utetur; wie **Gerh. Noodt** [41]), **Joh. D'Avezan** [42]), **Joh. Jac. Wissenbach** [43]), **Everh.**

41) Comm. ad Pand. h. t. (*Operum* T. II. p. 216.)

42) Servitut. libr. P. III. cap. 18. (*Thesauri Meermann.* Tom. IV. pag. 165.)

43) Exercitat. ad L. Pand. Libros. Disput. XX. §. 15. pag. 203.

Everh. Bronchorst[44]), Zacharias Huber[45]), Ant. Schulting[46]), Arnold Vinnius[47]), Car. Fried. Walch[48]), und Aug. Fried. Schott[49]) mit mehreren gezeigt haben.

3) Wenn der Viehtrieb blos auf eine gewisse Art des Viehes eingeschränkt ist. In der Regel können zwar alle Arten vom Vieh über den Weg, der zum actus angewiesen worden, getrieben werden, wenn gleich die Römischen Rechtsgelehrten nur namentlich der *iumentorum* und *armentorum* in ihren Begriffen vom actus Erwähnung thun, wie oben schon mit mehrerem gezeigt worden ist. Es hat auch dieses heut zu Tage, nach der Meinung der angesehensten Practiker[50]), nicht den mindesten Zweifel. Eben so wenig ist auch der actus auf eine gewisse Zahl des Viehes in der Regel eingeschränkt. Allein beydes kann durch besondere Verträge ebenfalls modificirt werden. Marcellus gedenkt z. B. einer solchen Einschränkung *L.* 11. *pr. D.*

44) Εναντιοφαν. Lib. I. cap. 8.

45) Dissertation. iuridic. et philologic. Part. II. Diss. VIII. Cap. 3. pag. 324. sqq.

46) Iurisprud. Antejustin. pag. 78. not. 35.

47) Commentar. ad Institut. Princip. Tit. de Servitutib. praedior. nr. 5.

48) Cit. Diss. §. 6.

49) Observat. cit. §. 6. (*Opuscul.* pag. 250. sq.)

50) *Bened.* CARPZOV Part. II. Decis. 107. *de* BERGER Oeconom. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 6. *Sam.* STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 4. Ohne Grund dissentirt PUFENDORF Animadvers. iuris. animadv. XXX. dessen Meinung HAUBOLD ad *Bergerum* c. l. not. o. Tom. I. pag. 326. mit Recht verwirft.

D. Quemadm. servitut. amitt. in den Worten: *aut si plura iumenta egerit, quam licuit;* — servitus quidem non amittitur; non autem conceditur plus, *quam pactum est, in servitute habere.* Endlich

4) kann der actus auch in Absicht auf die Art des Fuhrwerks eingeschränkt seyn. Es kann durch Uebereinkunft bestimmt werden, *quo genere vehiculi agatur, vel non agatur*, wie **Papinian** sagt *L.* 4. §. 1. *D. de Servitutib.* Besonders merkwürdig ist eine Stelle des **Ulpius Marcellus**, welcher *L.* 11. *pr. D. Quemadmod. servitut. amittant.* sagt: Is, cui *via* vel *actus* debeatur, *ut vehiculi certo genere uteretur*, alio genere fuerat usus: videamus, ne amiserit servitutem; et alia sit eius conditio, qui amplius oneris, quam licuit, vexerit; magisque hic plus, quam aliud, egisse videatur etc. Viele wollen zwar behaupten, es sey überhaupt dem *actus* eigen, daß man nicht mit jeder Art vom Fuhrwerk diese Servitut auszuüben befugt sey, wenn auch gleich durch Uebereinkunft keine Einschränkung wäre gemacht worden. Bekannt ist die Meinung eines **Cornelius van Bynkershök**[51]), welcher auch **Joh. Gottl. Heineccius**[52]) und **Joh. Gottfr. Schaumburg**[53]) ihren Beyfall gegeben haben, nach welcher der actus nur das Recht enthalten haben soll, sich eines currus trusatilis zu bedienen, das ist, mit einem **Schubkarren** zu fahren. Nicht minder bekannt

51) Observation. iuris Rom. Lib. IV. cap. 7.

52) Antiquitat. Rom. Syntagm. Lib. II. Tit. 3. §. 10. not. b.

53) Compend. iuris Dig. h. t. §. 1.

bekannt ist die Hypothese eines Joh. Daniel Ritters[54]), welcher mit einem großen Aufwand von Gelehrsamkeit zu beweisen sucht, daß der actus nur das Recht gegeben habe, mit einem kleinen Wagen, der nur aus zwey Rädern bestand, zu fahren. Allein schon Aug. Fried. Schott[55]) hat beyde Meinungen gründlich widerlegt, und dagegen sehr richtig erinnert, daß die Römischen Rechtsgelehrten, besonders Pomponius, Paulus und Modestinus, *L.* 13. *D. de servitutib. L.* 7. *et* 12. *D. de servitut. praed. rustic.* die Ausdrücke *plaustrum ducere* und *vehiculum ducere* sowohl bey der Servitus *actus* als *viae* ohne Unterschied gebrauchen. Mögen Cato, Isidorus und Probus immerhin zwischen *plaustra minora*, die nur zwey Räder hatten, und *plaustra maiora*, die mit vier Rädern versehen waren, unterschieden haben. Die Röm. Rechtsgelehrten gedenken wenigstens bey der Erklärung des *actus* und der *via* dieses Unterschiedes nicht. Soviel ist jedoch gewiß, daß derjenige, welcher die *Servitus actus* hat, auf keine Weise befugt sey, Steine und Balken über den Weg zu schleifen, wie auch Paulus ausdrücklich bemerkt hat *L.* 7. *pr. D. h. t.*

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß diese Servitut jederzeit so ausgeübt werden muß, daß das Vieh durch Uebertreten oder Abweichen vom Wege keinen Schaden thut.

§. 676.

54) Diss. de itineris, actus, et viae differentia. adj. Tomo II. *Paraphr. gr.* THEOPHILI a REITZIO editae Excursu XIX. pag. 1228. sq.

55) Observat. de vero actus et viae discrimine. §. 5. (*Opuscul.* pag. 247. sq.)

§. 676.

Servitus viae.

Ausgedehnter als beyde vorhergehende Servituten ist III. *Via* oder *Servitus viae*. Sie ist das Recht, nicht nur mit allen Arten von Wagen über das Grundstück des Andern zu fahren, sondern auch Steine und Balken zu schleifen, und begreift das, was bey der Servitus actus bios ad naturalia gehört, nämlich das *ius eundi* und *vehendi* wesentlich und dergestalt in sich, daß keins von beyden davon getrennt werden kann, wenn wirklich die *Servitus viae* und kein bloßer *actus* vorhanden seyn soll. Folgende Stellen werden dies außer allem Zweifel setzen.

Justinian sagt *Princ. I. de Servitut. praed.* VIA *est ius eundi et agendi et ambulandi: nam et iter et actum via in se continet.*

Viele Rechtsgelehrten [56]) wollen hier zwar statt *eundi* lieber *vehundi* lesen, weil hier das Recht zu fahren den unterscheidenden Character der *Via* ausmache, und folglich auch in der Definition ausdrücklich bezeichnet werden müsse. Allein, abgesehen davon, daß diese Emendation von aller Auctorität entblößt ist, so widerstreiten ihr so viele andere Stellen in den Pandecten, daß sie nicht den mindesten Beyfall verdient. Celsus sagt *L. 9. D. de servitut.*

Si

56) *Franc.* CONNANUS Commentar. iur. civ. Lib. IV. cap. 11. *Hug.* DONELLUS Comm. iur. civ. Lib. XI. cap. 6. *Hug.* GROTIUS Flor. Sparf. ad pr. I. tit. de Servit. praedior. pag. 47. (edit. *Gebaueri Halae 1729.* 8.) *Ulr.* HUBERUS Praelect. ad Institut. Lib. II. Tit. 3. §. 4. *Corn. van* BYNKERSHOEK Observat. iuris Rom. Lib. IV cap. 7. *Ev.* OTTO Commentar. ad pr. I. de Servitut. nr. 2. et *Io. Gottl.* HEINECCIUS Not. ad VINNII Commentar. in Institut. Tit. de Servitut. nr. 6.

Si cui simpliciter[57]) *via* per fundum cuiuspiam cedatur, vel relinquatur, in infinitum (videlicet per quamlibet eius partem) *ire agere* licebit: civili tamen modo[58]). Nam quaedam in sermone tacite excipiuntur: non enim per villam ipsam, nec per medias vineas *ire agere* sinendus est, cum id aeque commode per alteram partem facere possit, minore servientis fundi detrimento. Verum constitit, ut, qua primum *viam* direxisset, ea demum *ire agere* deberet, nec amplius mutandae eius potestatem haberet.

Ja Ulpian definirt gerade so, wie Justinian, wenn er *L.* 1. *pr. D. h. t.* sagt:

VIA *est ius eundi, et agendi, et ambulandi: nam et iter et actum in se* VIA *continet.*

Besonders merkwürdig ist die Stelle des Paulus in der *L.* 7. *D. h. t.* wenn er sagt:

Qui *actum* habet; et plaustrum ducere et iumenta agere potest. Sed trahendi lapidem, aut tignum

57) Die Florentina liefet hier *simplicius.* Baudoza, *simplici usu*, mit welcher Lesart auch unser Codex Pand. membran. übereinstimmt. Hugo a Porta, *simplicius usu.* Haloander und Lud. Charondas Πανδ. s. Verisimil. Lib. I. cap. 5. lesen hingegen *simpliciter.* Die Florentinische Lesart vertheidiget AUTOR ANONYM. Observation. iuris civ. Rom. cap. 22. pag. 136. (*Hagae Comit.* 1743.) Beydes *simplicius* und *simpliciter* bedeutet indessen das nämliche *L. 26. D. h. t.* S. *Ian. a* COSTA Praelect. ad illustr. quosd. titt. iur. civ. p. 41.

58) So liefet unser Cod. Erlang. membran. Eben so Baudoza. Die Florentina hingegen hat *civiliter modo.*

tignum, neutri eorum ius est. — Qui *viam* habent, *eundi agendique ius habent*: plerique, et *trahendi* quoque, et *rectam hastam referendi*, si modo fructus non laedat.

Diesen Zeugnissen tritt nun auch noch insonderheit die Auctorität der griechischen Ausleger bey. Unter diesen verdient **Theophilus** zuerst genennt zu werden, welcher in seiner griechischen Paraphrase *ad pr. I. de Servitutib.* von der *Via* folgende Erklärung giebt:

Via ἐστὶ δικαῖον τοῦ ἐμὲ πορεύεσθαι καὶ ἔχειν ὑποξύγια. ὥστε οὖν τὸ via ταῦτα ἔχει, ἃ καὶ τὸ actus.

Verschiedene Rechtsgelehrten wollen zwar die Lesart für unrichtig halten. So will **Cornelius van Bynkershök** [59]) statt καὶ ἔχειν ὑποξύγια vielmehr και αγειν, και ὑποξυγειν lesen. **Johann Alberti** [60]) hingegen substituirt für εχειν, οχειον. Allein daß die gemeine Lesart nicht unrichtig sey, sondern **Theophilus** das Wesentliche der *Via*, nämlich das *ire* und *agere licere* sehr richtig ausgedruckt habe, hat **Johann Daniel Ritter** [61]) ausführlich gezeigt.

Ganz mit den angegebenen Begriffen der römischen Rechtsgelehrten übereinstimmend, sagen ferner die Verfasser der **Basiliken** [62]):

Πλατεῖα ὁδός ἐστι τὸ παρεῖναι, καὶ διακινεῖν, καὶ ἐλαύνειν. Περιέχει γὰρ πλατεῖα ὁδὸς τὸ μονοπάτιον καὶ τὴν

59) Observat. iuris Rom. Lib. IV. cap. 7.

60) Miscellan. Critic. pag. 233.

61) Diss. cit. bey THEOPHILUS Tom. II. Excurs. XIX. pag. 1230. sq.

62) Tom. VI. Lib. LVIII. Tit. 3. L. 1. pag. 796.

τὴν παρόδον. i. e. *Via lata eſt, ire, et ambulare, et agere. Nam via lata et iter et actum continet.*

Die Eigenheiten dieſer Servitut, wodurch ſich die *Via* vom *actus* weſentlich unterſcheidet, beſtehen alſo darin:

1) ſie hat drey weſentliche Beſtandtheile, die ihren Begriff ausmachen, und daher unzertrennlich ſind, nämlich das ius eundi, agendi iumenta, et vehendi. Nicht nur die bereits angeführten Stellen der Römiſchen und Griechiſchen Rechtsgelehrten beweiſen dieſes klar, ſondern es beſtärkt uns auch hierin noch vorzüglich Ulpian, wenn er *L.* 13. §. 1. *D. de acceptilat.* ſagt:

> Si *viam* quis ſtipulatus, accepto *iter* vel *actum* fecerit, *acceptilatio nullius erit momenti:* hoc idem eſt probandum, ſi *actus* accepto fuerit latus: ſi autem *iter et actus* accepto fuerit latus, conſequens erit dicere, liberatum eum, qui *viam* promiſit.

Eine Folge hiervon war

2) der Unterſchied, welcher ſich beſonders in Anſehung der Vindications-Formel bey dieſer Servitut äußerte. Die Klageformel war nämlich bey der *Via* die: *ius mihi eſſe ire agere per fundum tuum*; wie Paulus lehrt [63]), oder man konnte auch *iter* oder *actum* beſonders vindiciren, wenn man etwa nur in der Ausübung des einen oder des andern Rechts beſonders beeinträchtiget wurde. Wer hingegen *actum* vindicirte, konnte ſich jener Formel nicht bedienen, noch das *ius itineris* beſonders vor Gericht verfolgen; ſondern mußte ſo klagen: *ſibi agere licere*, weil hier das *ius eundi* kein weſentlicher

63) *L. 9. pr. D. Si ſervit. vindic.*

licher Bestandtheil ist. Cujaz [64]) Vinnius [65]) und Voet [66]) haben diesen Unterschied ebenfalls bemerkt. Hieraus erklärt sich nun auch, wenn Ulpian *L.* 11. §. 6. *D. de except. rei iudic.* sagt: Si quis *iter* petierit, deinde *actum* petat: puto fortius defendendum, aliud videri tunc petitum, aliud nunc: atque ideo exceptionem rei iudicatae cessare. Eben deswegen weil *iter* bey der *via* wesentlich war, bey dem *actu* nicht, folgerte man

3) daß wer sich der *via* auch nur als *iter* bedient, doch die ganze Servitut conservire; dahingegen geht der *actus* verlohren, wenn der Berechtigte ihn zehen Jahre lang nicht ausgeübt hat, gesetzt auch, daß er während der Zeit öfters über das dienstbare Grundstück gegangen wäre [67]).

4) Wer

64) Observation. Lib. XXII. cap. 35.

65) Commentar. ad pr. I. de Servitut. nr. 6.

66) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 3.

67) *L.* 2. *D. Quemadm. servitut. amitt.* Wenn es in dieser Stelle heißt: *Qui iter et actum* habet, si statuto tempore *tantum ierit*, non perisse actum, sed manere, so ist dies nicht, wie DUARENUS in Comm. ad h. L. (*Operum* pag. 204.) diese Stelle erklärt, vom actu zu verstehen, sondern *iter et actus* heißt in der Sprache unserer Gesetze immer soviel als *Via*, wie auch WESTPHAL de lib. et servit. praed. §. 888. not. a. pag. 617. bey dieser Stelle ganz richtig bemerkt hat. Man vergleiche auch *Hub.* GIPHANII Commentar. ad Institut. Tit. de servitut. praedior. und *Io.* WOLBERS Observation. Decas (*Groeningae 1736.* 4.) Cap. 1. in fin. pag. 9.

4) Wer *viam* hat, kann nicht nur über das dienstbare Grundstück mit allen Arten von Wagen fahren, beladen oder unbeladen, sondern er hat auch das Recht, Steine und Balken darüber zu schleifen. Dieses Recht aber wird demjenigen ausdrücklich abgesprochen, welcher blos den *actus* hat [68]). Wenn Paulus bey der *via* noch, als etwas Unterscheidendes, das *ius haſtam rectam ferendi* erwähnt, so hat dieses nicht sowohl auf den Gebrauch der Waffen, als welcher den Privatpersonen untersagt war [69]), sondern vielmehr, wie Joh. D'Avezan [70]) ganz richtig erklärt hat, seine Beziehung darauf, daß bey dieser Servitut dem Berechtigten eine solche Höhe über dem Wege frey gelassen werden müsse, als das Tragen einer haſta recta erfordert, und dieser also mit Recht verlangen könne, daß der Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks den Weg bis auf eine solche Höhe nicht überbaue, damit auch der höchstmöglichst beladene Wagen ungehindert durchkommen kann. Endlich

5) bey der *Servitus viae* ist die Breite des Weges gesetzlich bestimmt. Sie beträgt nämlich acht Fuß in porrectum, das heißt in gerader Linie, und sechzehen in der Biegung, in anfractum, wie Cajus *L.* 8. *D. h. t.* bemerkt hat, wenn er sagt: *Viae* latitudo *ex Lege* duodecim *Tabularum* in porrectum *octo pedes* habet: in anfractum, id est, ubi flexum est, *sedecim.* Merkwürdig ist

68) *L. 7. D. h. t.*

69) Vid. Tit. Cod. *Ut armorum usus inscio Principe interdictus sit.* Lib. XI. Tit. 46. et *Nov. 85.*

70) Servitut. lib. Part. III. cap. 18. (bey MEERMAN Tom. IV. pag. 167.)

ist jedoch, was Paulus hierbey noch bemerkt, wenn er *L.* 23. *pr. D. h. t.* sagt: *Via* constitui vel latior octo pedibus, vel angustior potest, ut tamen *eam latitudinem* habeat, *qua vehiculum ire potest:* alioquin iter erit, non via. Nach dieser Darstellung ist nun der Unterschied zwischen *via* und *actus* einleuchtend genug, wobey die Rechtsgelehrten soviel Schwierigkeiten gefunden haben[71]).

§. 677.

Wem kommt die Bestimmung des Orts bey dem iter, actus und der via zu?

Wenn bey Bestellung der bisher erklärten Servituten, des iter, actus und der via, kein Ort bestimmt ist, über welchen der Weg zum Gehen, zum Viehtriebe, oder zum Fahren laufen soll, so hat in der Regel der Berechtigte die Wahl. Totus enim fundus servit. Nur darf er bey der Wahl solche Stellen nicht berühren, welche bebauet sind, z. B. Weinberge, Saatfelder u. dgl. Dies ist dem Grundsatz gemäß, daß man sich der Servitut civiliter, das ist, mit möglichster Schonung des Eigenthums bedienen müsse. Hierin stimmen Celsus und Javolenus mit einander überein. Erster sagt *L.* 9. *D. de Servitut.*

> Si cui *simpliciter* via per fundum cuiuspiam cedatur, (sc. inter vivos) vel relinquatur (nimirum per ultimam

71) Außer den gelegentlich schon angeführten Schriften, vergleiche man noch *Franc.* DUARENI Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 31. *Lud.* CHARONDAE Παιδαν. S. Verisimil. Lib. V. cap. 5. nr. 2. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. I. pag. 693.) *Barn.* BRISSONIUS de formul. et solemn. P. R. verbis Lib. VI. c. 138. und LYKLAMA Membranar. Lib. III. Eccl. 12.

timam voluntatem): *in infinitum* (videlicet per quamlibet eius partem) ire agere licebit. Civili tamen modo. Non enim — per medias vineas ire agere finendus est.

Letzterer hingegen lehrt *L.* 13. §. 3. *D. h. t.*

Si locus [72]), non adiecta latitudine, nominatus est: per eum qualibet iri poterit: sin autem praetermissus est: aeque latitudine non adiecta, *per totum fundum una poterit eligi via*, duntaxat eius latitudinis, quae lege comprehensa est. Pro quo ipso [73]), si dubitabitur, arbitri officium invocandum est.

Nur Paulus scheint anderer Meinung zu seyn, wenn er *L.* 26. *D. h. t.* sagt:

Si via, iter, actus legetur *simpliciter* per fundum: *facultas est heredi, per quam partem fundi velit constituere servitutem:* si modo nulla captio legatario in servitute sit.

Nach diesem Fragment soll also in dem Falle, da die Servitus viae, itineris, oder actus schlechthin, und ohne Bestimmung des Orts vermacht worden ist, dem Erben die Wahl des Weges zukommen, die doch Celsus in dem vorhergehenden Fragment ausdrücklich dem Legatar einräumt.

72) *Locus* ist, wie Ulpian sagt *L.* 60. *pr. D. de Verb. signif.* non fundus, sed portio aliqua fundi.

73) Id est, pro electione loci, non vero latitudinis, quae lege definita est. S. POTHIER Pandect. Iustin. h. t. Nr. VIII. not. c. Tom. I. pag. 267.

räumt. Man hat beyde Stellen auf verschiedene Art[74]) mit einander zu vereinigen gesucht, unter welchen jedoch diejenige unstreitig den Vorzug behält, nach welcher die *L.* 26. von einem legato *per damnationem*, die *L.* 9. hingegen von einem legato *per vindicationem* relicto verstanden werden muß[75]). Denn daß bey einem legato damnationis, das ist, welches mit der Formel: *heres meus damnas esto dare, dato, facito, heredem meum dare iubeo*, hinterlassen wurde, der Erbe die Wahl hatte, ist bekannt. Nun behauptet zwar Janus a Costa[76]), dem auch

74) *Lud.* CHARONDAS Πειδαν. S. Verisimil. Lib. I. cap. 5. (bey OTTO in Thes. iur. Rom. T. I. pag. 693.) glaubt, daß nach den angeführten Fragmenten der Erbe so gut, wie der Legatar die Wahl habe. Es dürfe nur keiner zum Nachtheil des Andern handeln. *Lud.* VITALIS Lection. variar. Lib. II. cap. 10. (bey OTTO Tom. II. pag. 671.) räumt der Regel nach dem Erben die Wahl ein, und meint, sie komme nur dann an den Legatar, wenn jener bey Bestimmung des Weges nicht bona fide zu Werke gegangen sey. *Ulr.* HUBER in Eunomia Rom. Lib. VIII. ad L. 26. D. de servitut. praed. rustic. pag. 386. meint hingegen, daß in der Regel zwar dem zur Servitut Berechtigten die Wahl zustehe, weil aber doch derselbe mehr nicht, als einen zur Ausübung der Dienstbarkeit bequemen Weg, verlangen könne, so sey es nicht unbillig, eine Prävention Statt finden zu lassen, und dominans müsse zufrieden seyn, wenn ihm der Serviens einen solchen Weg angewiesen habe.

75) S. *Em.* MERILLIUS in Commentar. ad Tit. Dig. de Servitut. ad L. 9. cit. bey OTTO Tom. III. pag. 641. *Franc.* BROEUS in Expositionib. in Iustin. Institut. ad §. 22. I. de legatis nr. 4. pag. 460. *Ian. a* COSTA Praelection. ad illustrior. quosd. Titulos, locaq. selecta iuris civ. pag. 42. und WESTPHAL de servitut. praed. §. 548. not. d. pag. 349.

76) Praelect. cit. pag. 43.

Weſtphal[77]) beyſtimmt, es komme jetzt darauf an, an wen die Worte gerichtet ſind, und daß wenigſtens alsdenn die Wahl dem Erben nicht abgeſprochen werden könne, wenn die Worte, ſo wie beym legato vindicationis geſchahe, an den Erben gerichtet ſind. Allein, da nach dem neueſten Röm. Rechte aller Unterſchied in Abſicht auf die Formel der Vermächtniſſe aufgehoben iſt, und alle Legate angeſehen werden, als wären ſie per vindicationem hinterlaſſen worden[78]); ſo kann dem Erben die Wahl nur noch alsdann geſtattet werden, wenn ſie ihm der Teſtirer ausdrücklich überlaſſen hat[79]).

Iſt nun der Weg einmal gewählt, ſo muß er zwar für immer beybehalten werden; es iſt aber auch dem Eigenthümer des dienſtbaren Grundſtücks keine Unternehmung erlaubt, wodurch die freye Ausübung der Servitut gehindert werden würde. Folgende Stellen des Röm. Rechts beſtättigen alles dieſes ausdrücklich.

L. 13. § 1. *D. h. t.* Si totus ager itineri aut actui ſervit, dominus in eo agro nihil facere poteſt, quo ſervitus impediatur, quae ita diffuſa eſt, ut omnes glebae ſerviant. At ſi iter, actusve ſine

77) Cit. loc. §. 548.

78) §. 2. *I. de legat. L. 1. C. Commun. de legat.* S. *Ios.* AVERANII Interpretat. iuris Lib. IV. cap. 13. nr. 9. und meine Opuſc. iurid. Faſcic. I. pag. 232.

79) Man ſehe hier vorzüglich *Iani a* COSTA Commentar. ad §. 22. I. de legat. *Ant.* SCHULTINGII Iurisprud. Antejuſt. ad *Ulpiani* Fragm. Tit. 24. de legatis §. 14. not. 40. pag. 655. und *Bav.* VOORDA ad *Iani a* COSTA Praelection. loc. cit. not. p. pag. 43.

sine ulla determinatione legatus est: modo [80]) determinabitur: et, qua primum iter determinatum est, ea servitus constitit: caeterae partes liberae sunt. Igitur arbiter dandus est; qui utroque casu viam determinare debet.

L. 9. D. de servitutib. wo **Celsus** sagt:

Verum constitit, ut, qua primum viam direxisset, ea demum ire agere deberet, nec amplius mutandae eius potestatem haberet.

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß zwar bey der Bestellung dieser Dienstbarkeiten mancherley Modificationen Statt finden können, aber doch nur in Ansehung der ausserwesentlichen Bestimmungen derselben. Denn wesentliche Bestandtheile können durch Verträge nicht davon getrennt werden. Daher kann z. B. bey dem actus zwar festgesetzt werden, mit welchen Arten des Viehes der Weg betrieben werden soll, oder mit welchen Arten von Wägen der Weg befahren werden soll [81]); allein das Recht der Viehtrift kann so wenig, salva actus notione, ausgeschlossen werden [82]), als das ius itineris und actus bey der servitus

80) *Modo* ist hier nicht adverbaliter zu nehmen, sondern es ist der Ablativus von dem Worte modus; und heißt hier soviel als *ad modum certum*, oder *secundum modum agri*. S. *Bav.* VOORDA ad *Iani a* COSTA praelect. cit. pag. 43. not. q. und WESTPHAL §. 548. not. b. pag. 348. Unser Cod. Pand. Erlang. membran. lieset *modus* statt modo.

81) *L. 4. §. 1. D. de Servitut. L. 11. pr. D. Quemadm. servit. amitt.*

82) S. WALCH Diss. de actu minus pleno §. 4.

viae, bey welcher sie zu den wesentlichen Bestandtheilen gehören. Kein Wunder, wenn daher Ulpian in der schon oben angeführten Stelle, *L.* 13 §. 1. *D. de acceptilat.* bey der stipulatio viae eine Acceptilation geradezu für unwirksam erklärt, wodurch iter und actus bey dieser Servitut erlassen worden sind. Daß indessen diese Servituten und ihre Ausübung auch auf Zeiten eingeschränkt werden könne, hat keinen Zweifel. Papinian lehrt dies ausdrücklich *L.* 4. §. 2 *D. de Servitut.* So z. B. kann festgesetzt werden, daß die Servitut nur bey Tage ausgeübt werden solle [83]).

§. 678.

Servitus pascendi.

IV. *Servitus pascendi*, die Hut- und Weidegerechtigkeit. Sie besteht in dem dinglichen Rechte, das Vieh, was man auf seinem Landgute zu dessen Zweck und Cultur nöthig hat, auf dem Grundstücke des Andern ungehindert weiden zu dürfen [84]). Papinian [85]) und Paulus

83) *L.* 14. *D. Commun. praedior.*

84) S. *Ant. Fernand. de* OTERO Tr. de pascuis et iure pascendi. *Coloniae 1705. 8. Fr. Sam.* KAEMPFFE Diss. de servitute pascendi ad agrorum praesertim desertorum culturam utiliter regunda; praes. *Chr. Car.* STUEBEL def. *Vitembergae. 1791.* Ge. Wilh. Strampffers jurist. kameralist. Abhandl. vom Hutrechte. Erlangen 1798. 8. und C. E. Münters Weiderecht. Hannover 1804. 8.

85) *L.* 4. *D. h. t.* Pecoris pascendi servitutes, item ad aquam appellendi, *si praedii fructus maxime in pecore consistat*, praedii magis, quam personae videtur. Si tamen testator personam demonstravit, cui servitutem praestari voluit, emtori vel heredi non eadem praestabitur servitus. S. *de* OTERO Tr. cit. Cap. 18. n. 8. sqq.

lus [86]) gedenken dieser Servitut ausdrücklich, und zwar bemerkt der erstere, daß zwar die *Servitus pecoris pascendi* mehr eine Prädial- als Personal-Dienstbarkeit sey; sie könne aber doch auch dem Berechtigten zuweilen blos für seine Person vermacht seyn, ohne Rücksicht auf sein Grundstück, und dann gehe sie weder auf den Erben, noch auf den dritten Käufer des Grundstücks über. Ulpian betrachtet sie jedoch unstreitig als eine Real-Servitut, wenn er *L. 3. pr. D. h. t.* sagt: Servitutem imponi posse, *ut boves, per quos fundus colitur, in vicino agro pascantur.* In dieser Weidegerechtigkeit ist nun zwar das Triftrecht nothwendig enthalten, so wie in dem *aquae haustus* das *ius adeundi ad fontem* [87]). Es unterscheidet sich jedoch die Triftgerechtigkeit dadurch wesentlich von der Weidegerechtigkeit, daß erstere auch für sich bestehen kann, wenn das Vieh über ein fremdes Grundstück nach den Weideplätzen ungehindert getrieben werden darf, und daß beym bloßen Viehtriebe der Hirt auf dem fremden Grundstücke mit seiner Heerde weder halten, noch auf und nieder treiben darf, sondern die Trift in einem Zuge fort verrichten muß [88]). Es ist daher ganz unrichtig, wenn Hellfeld die Hut und Weide, und die Triftgerechtigkeit für Eins halten will [89]). Die Hut- und Weidegerechtigkeit kann nun auf

86) *L. 6. §. 1. in fin. D. h. t.*

87) *L. 3. §. 3. D. h. t.*

88) S. Hagemanns Handbuch des Landwirthschaftsrechts. §. 307. §. 581.

89) Man sehe *God. Christ.* LEISERI ius georgicum Lib. III. cap. 10. nr. 2. pag. 458. und Münters Weiderecht §. 100. S. 144. ff.

auf verschiedene Art bestellet werden, nämlich entweder so, daß der Hutungsberechtigte dadurch blos das Recht erhält, sein Vieh auf dem dienstbaren Grundstücke ungehindert weiden zu dürfen; oder auf eine solche Art, daß der Berechtigte hierdurch zugleich das Recht erhält, dem Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks eine Handlung zu verbieten, welche dieser sonst vermöge der natürlichen Freiheit auf seinem Eigenthume, auch des dem Andern zustehenden Hutungsrechts ungeachtet, vornehmen dürfte. So z. B. hindert die Weideservitut den Eigenthümer nicht, seine Ländereyen und Grundstücke wirthschaftsmäßig zu benutzen. Er kann sie also nicht nur mit allen Arten von Früchten bestellen, sondern auch zu Zeiten brache liegen lassen [90]). Auch kann ihm das Recht der Mithutung nicht verwehrt werden [91]). Allein es kann der Abhutungsberechtigte ein ausschließendes Recht zu weiden, oder auch das Recht erworben haben, dem Eigenthümer zu verbieten, daß er seine Grundstücke nicht mit einer gewissen Art von Früchten bestelle. Ist nun die Weideservitut mit einem solchen Verbietungsrechte verbunden, vermöge dessen der Eigenthümer etwas, wozu er sonst als Eigenthümer befugt wäre, unterlassen muß, damit die dem Andern gestattete Servitut desto besser ausgeübt werden könne, so wird sie eine negative Weideservitut, *servitus pascendi negativa*) in dem entgegengesetzten Falle aber eine affirmative (*servitus pascendi affirmativa*) genennt [92]). Der Unterschied zwischen bey-

90) S. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. for. Vol. I. Obs. 34. und WIESAND Opus. iurid. Specim. VIIII. Obs. 2. pag. 114. sqq.

91) S. LEISERI *ius georgic.* c. 1. nr. 30. pag. 462. und Münter im angef. Buche §. 64.

92) S. KAEMPFFE cit. Diss. Cap. I. §. 2.

beyden ist eben so wichtig, wie der zwischen affirmativen und negativen Prädial-Servituten überhaupt[93]). Denn es läßt sich mit Grund die Meinung derjenigen[94]) nicht vertheidigen, welche behaupten wollen, daß jede Weideservitut schon an sich das Recht enthalte, dem Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks jede Art von Cultur desselben, und jedes Unternehmen zu verbieten, woraus nur irgend ein Nachtheil für das Weiderecht entsteht[95]). Es wird vielmehr dazu entweder eine ausdrückliche Begebung von Seiten des Eigenthümers, oder von Seiten des Berechtigten eine erweisliche Prohibitivhandlung erfordert, bey welcher sich der Eigenthümer über rechtsverwährte Zeit beruhiget hat[96]).

§. 679.

Die Weideservitut kann eingeschränkt, oder uneingeschränkt seyn.

Die Weidegerechtigkeit kann ferner entweder auf eine unbestimmte oder bestimmte Art eingeräumt seyn. Ist das Erstere der Fall, so darf dennoch die Hut- und Weidegerechtigkeit nicht bis ins Unendliche ausgedehnt werden. Denn es findet auch hier das aus der Natur der Dienstbarkeiten abgeleitete Princip des Röm. Rechts, servitute *civiliter* est utendum, seine volle Anwendung. Es

93) S. oben §. 660.

94) S. TOEPFER Diss. de servitute rustica agrorum incultorum culturam prohibente. *Lipsiae 1792.*

95) KAEMPFFE cit. Diss. Cap. II. §. 4. hat diese Meinung widerlegt.

96) S. CARPZOV P. II. Constit. IV. Definit. 13. WIESAND Opusc. cit. pag. 117. KIND Quaestion. for. Tom. III. Cap. 39. und KAEMPFFE cit. Diss. de servitute pascendi Cap. I. §. 3.

Es darf daher der Berechtigte den Weidedistrict weder in der Maaße betreiben, daß der Grundeigenthümer behindert wird, sein Grundstück wirthschaftsmäßig zu benutzen, noch mit allzu vielem Vieh die Weide abhüten [97]); vielmehr finden hier gewisse natürliche Gränzen Statt, welche theils aus dem Wesen einer Realservitut überhaupt, theils nach den Grundsätzen der Landwirthschaft zu bestimmen sind. Es ist demnach

1) in Absicht auf die Art des Viehes darauf zu sehen, daß das Hutungsrecht nur mit solchen Vieharten ausgeübt werde, die sich für die zur Abhutung bestimmten Plätze schicken [98]). Es darf daher weder krankes, noch solches Vieh, welches der Weide schädlich ist, auf die Weideplätze gebracht werden. So z. B. dürfen Schweine wegen des Umwühlens, und Gänse wegen ihres heisen und ätzenden Düngers schlechterdings nicht auf Wiesen gehütet werden [99]). Ist die Weidegerechtigkeit durch Verjährung erworben worden, so kann sie nur mit den Vieharten ausgeübt werden, welche seit rechtsverjährter Zeit auf die Weide gebracht worden sind [100]).

2) In

97) S. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, 2. B. §. 283. S. 529. und Hagemanns Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 293. S. 555.

98) Von Benekendorf Oeconom. for. 1. B. 1. Hptst. §. 19. *Io. Ad. Th.* KIND Quaestion. for. Tom. IV. cap. 64.

99) LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. Lib. VIII. Tit. 3. §. 10. Rüdigers Anfangsgründe der allgemeinen Staatslehre. 2 Th. S. 26.

100) LAUTERBACH c. l. KIND c. l. Tom. IV. p. 381. Münter §. 70.

2) In Absicht auf die Zahl des Viehes findet bey einer uneingeschränkten Weidegerechtigkeit die jetzt allgemein angenommene wichtige Regel Statt, daß der Hutungsberechtigte nur soviel Vieh auf die Weide treiben dürfe, als zu einem mit der wirthschaftlichen Benutzung des Guts proportionirten Viehstande gehört, und der Berechtigte mit dem eigenen gewonnenen Futter zu durchwintern im Stande ist [1]). Diese Regel leidet um so weniger einigen Zweifel, da sie aus der Natur einer Real-Servitut selbst abgeleitet ist. Denn da eine solche Dienstbarkeit keiner Person, sondern einem praedio zusteht, so muß der Umfang derselben lediglich durch die Bedürfnisse des herrschenden Gutes bestimmt werden. Wenn nun ein Gut wirthschaftlich benutzt werden soll, so muß nothwendig der Viehstand mit dem Futterstande in einer Proportion stehen, und sich nach dem eigenen gewonnenen Winterfutter richten, folglich muß auch nach diesem Verhältniß bey einer uneingeschränkten Hutgerechtigkeit die Anzahl des Viehes bestimmt werden [2]). Dies ist also die Gränzlinie, die nicht überschritten werden darf. Ob übrigens das Vieh dem zur Abhutung Berechtigten eigen gehört, oder ob es nur von ihm in Pacht genommen ist, darum hat sich der Besitzer des dienstbaren Gutes

1) MEVIUS P. I. Decis. 28. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 123. und Tom. IV. Obs. 109. Struben rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 117. §. 3. von Benekendorf Oeconom. for. 1. B. 1. Hptst. §. 110. KIND Quaest. for Tom. II. c. 59. et Tom. IV. c. 65. Hagemanns Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 298. u. HAUBOLD ad *Bergeri* Oecon. iuris Tom. I. pag. 330. not. z.

2) C. Gmelin und Elsässers gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle 3. B. Nr. 13. S. 210. und Danz Handbuch des deutschen Rechts 2. B. §. 283. S. 528.

Gutes nicht zu bekümmern, wenn er es nur zum Gebrauch und zur Cultur seines Grundstücks hält [3]). Hellfeld will zwar von einer unbestimmten Hutgerechtigkeit fremdes Vieh ganz ausschließen. Allein es läßt sich diese Meinung nur in soweit rechtfertigen, daß der Abhutungsberechtigte keinem Dritten gestatten darf, sein Vieh mit auf die dienstbaren Felder zur Weide zu treiben. Denn nach der *L* 5. *in fin. D. h. t.* kann eine Realservitut nie weiter ausgeübt werden, quam quatenus *ad eum ipsum fundum* opus sit, cui concessa est servitus. Insofern also das von dem Berechtigten in Pacht genommene fremde Vieh zur Cultur des Gutes gebraucht wird, zu dessen Nutzen die Dienstbarkeit bestellet worden, ist es als zum Viehstand des Gutes gehörig anzusehen, und der Serviens ist solches auf seinen zur Abhutung bestimmten Grundstücken zu dulden schuldig, soweit es mit dem eigenen auf dem praedio dominante gewonnenen Futter durchwintert werden kann [4]).

3) In Absicht auf die Zeit der Abhutung ist zu bemerken, daß der Hutungsberechtigte nie zu geschlossenen, sondern nur in offenen Zeiten weiden dürfe. Wenn diese Zeiten ihren Anfang nehmen, und wenn sie sich endigen, ist zwar gewöhnlich durch die Landesgesetze oder durch rechtliches Herkommen des Orts bestimmt. In Ermangelung einer solchen Bestimmung hingegen kommt es

3) v. Benekendorf a. a. O. §. 112. Struben a. a. O. §. 4. Gmelin u. Elsässer a. a. O. 3. B. §. 134. S. 213.

4) Ausser Gmelin und Elsässer a. a. O. §. 134. ist hier noch vorzüglich zu vergleichen das gründliche Gutachten des Hrn. Prof. Woltärs in Kleins merkwürdigen Rechtssprüchen der Hallischen Juristen-Fakultät. 3. Bd. Nr. III.

es vorzüglich auf die Art und Eigenschaft des Grundstücks an, auf welchem das Hutrecht ausgeübt wird [5]). Dieses Grundstück ist nämlich entweder ein solches, welches sonst gar keinen andern Zweck und Nutzen hat, als daß es blos zur Abhutung dient, außerdem aber ein ganz ödes, wüstes und ungebautes Grundstück ist, dergleichen man Lehden, oder Haiden zu nennen pflegt; oder das dienstbare Gut ist ein solches Grundstück, welches außer der Weidenutzung noch andere Früchte und Vortheile gewährt, die dem Huthungsrechte nicht unterworfen sind; als wohin Aecker, Wiesen und Waldungen gehören. In dem ersten Falle kann die zuständige Weideservitut zu allen Zeiten des Jahrs ausgeübt werden. In dem andern Falle hingegen ist die Weide nur erst von dem Zeitpunct an als offen zu betrachten, wenn die Früchte an allen Stellen des dienstbaren Gutes vollkommen eingeärndtet worden sind [6]). Es ist dies nicht nur dem Grundsatz gemäß, welchen **Ulpian** [7]) aufstellt: ut ne per servitutem commoditas et usus rei propriae domino adimatur; sondern es ist auch schon überhaupt nie zu vermuthen, daß Jemand auf seinen Wiesen und Feldern Jemandem die Hut und Weide habe verstatten, und sich selbst den größern Nutzen, den jene gewähren, dadurch habe entziehen wollen. Es muß vielmehr im Zweifel immer angenommen werden, daß die Hut nicht anders, als mit Vorbehalt der ordentlichen

5) Man vergleiche hier vor allen andern die vortrefliche Ausführung in *Io. Ad. Th.* KIND Quaestionib. for. Tom. cap. 58.

6) Strubens rechtliche Bedenken Th. 1. Bed. 165. und Münters Weiderecht §. 63. und §. 91.

7) *L. 13. in fin. D. Commun. praedior.*

chen Früchte eingeräumt, und daß daher dieselbe civiliter, und ohne Schaden der Früchte ausgeübt werden müsse [8]). Um jedoch den Zeitpunct noch genauer zu bestimmen, wenn die Abhutungszeit als offen anzusehen ist, müssen wir die Natur und Beschaffenheit der zur Abhutung bestimmten Grundstücke noch etwas näher betrachten. Diese können nämlich

1) Wiesen seyn, die ganz vorzüglich zur Gräserey und zum Viehfutter bestimmt sind. Sie werden in Rücksicht der Benutzung in solche, die nur eine Heuerndte zulassen, und in solche eingetheilt, welche eine zwey oder wohl gar dreymalige Abschneidung des Grases gestatten. Jene werden einheuige oder einschürige, diese aber zwey- oder dreyheuige, oder zwey- und dreyschürige Wiesen genennt [9]). Ist nun

a) Die Wiese einheuig, so darf der Besitzer des praedii dominantis gleich nach geendeter Heuerndte sein Hutrecht ausüben, ohne daß es dem Eigenthümer der Wiese erlaubt ist, sie noch einmal zu mähen, und Nachgras oder Grummet darauf zu ärndten [10]).

b) Ist die Wiese zweymäthig, so ist dieselbe sogleich nach vollendeter doppelten Benutzung für offen zu halten, und der Berechtigte darf nun sein Vieh hüten [11]). Endlich

c) in

8) *L. 9. D. de servitut.* KIND c. l. pag. 320. sq.

9) S. KIND c. l. pag. 323. Hagemanns Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 131.

10) Strubens rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 153. und Strampfer vom Hutrechte §. 17. und 18.

11) Strampfer a. a. O. §. 15. u. §. 18.

c) in Gegenden, wo Wiesen dreymal gemähet werden, ist die Wiese erst dann für offen zu halten, wenn diese dreyfache Benutzung vorüber ist. Darnach ist denn freylich der Anfang und das Ende der Hutung, oder die Zeit, wie lange die Wiesen im Herbst und Frühjahre der Aufhütung unterworfen sind, sehr verschieden. Weil jedoch die völlige Wiesenbenutzung gewöhnlich um Michaelis vorüber ist, so nimmt die Zeit der Abhutung an den meisten Orten gewöhnlich um diese Zeit ihren Anfang, und dauert bis Walpurgis, mit welchem Tage sodann die geschlossene Zeit eintritt [12]).

2) Aecker werden gewöhnlich auf zwey verschiedene Arten benutzt, sie werden nämlich mit Sommer- und Winterfrüchten bebauet, und im dritten Jahre brach gelassen. Die Abhutung auf Bauäckern setzt nun immer eine völlige Brache voraus. Ist diese vorhanden, so hat der Hutungsberechtigte die Befugniß, zur Zeit der Brache sein Vieh auf den dienstbaren Feldern ohne Zeitbestimmung zu weiden; weil die Brache zur Weide dient. Ein Acker ist demnach nur erst dann für offen zu halten, wenn die gewöhnlichen Sommer- und Winterfrüchte vollkommen eingeärndtet, und vom Felde geschafft sind. Man nennt diese Art der Weide die Stoppelhütung. Sollte es zweifelhaft seyn, ob das dienstbare Grundstück nicht ein in jedem Jahre zu bauender Acker sey, so wird im Zweifel keine Brache zum Vortheil des herrschenden Guts vermuthet. Denn Niemand ist, zum Vortheil des Weideberech-

tigten,

12) S. *de* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. IX. not. 2. KIND Quaest. for. T. II. cap. 58. pag. 223. und Hagemanns Handb. des Landwirthschaftsrechts §. 132.

tigten, Brachfelder zu halten schuldig, wenn ihn nicht Gesetz, Vertrag, oder rechtliches Herkommen dazu verpflichten [13]). Endlich

3) in Waldungen kann zwar eine unbestimmt eingeräumte Hut zu aller Zeit ausgeübt werden, doch hängt in hauigen oder schlagbaren Wäldern die Zeit der Hutung vorzüglich von dem Wachsthume und der Art des Holzes ab. Denn die Zeit, wo nach richtigen Forstgrundsätzen der Wald geschont werden muß, ist zu halten, mag auch das Hutrecht noch so uneingeschränkt seyn [14]). Die Zeit der Hutung in Wäldern ist also so lange für geschlossen zu halten, bis die Blätter der Bäume dem Viehe außer dem Maule gewachsen sind, wie man zu sagen pflegt, d. h. so lange noch das Vieh dem jungen Anfluge durch Wegfressen oder Zerbeisen der jungen Lohden schädlich werden kann [15]).

Ist die Hut und Weidegerechtigkeit hingegen auf eine bestimmte Art eingeräumt, so kann sowohl die Zeit der Hütung, als auch die Art und Zahl des Viehes bestimmt seyn. Diese Bestimmungen müssen von dem Hutberechtigten genau befolgt werden. Es entsteht hierbey die Frage, ob und wie lang bey Schaafen, deren Anzahl bestimmt ist, die Lämmer bey ihren Müttern ungezählt auf der

13) S. Hagemanns Landwirthschaftsrecht §. 295. und Strampffers Abhandl. vom Hutrechte §. 20.

14) S. Hagemanns Landwirthschaftsrecht. §. 296. und Strampffer vom Hutrechte §. 24.

15) KIND Quaestion. for. Tom. II. cap. 58. pag. 321. und HAUBOLD ad *Bergeri* Oecon. iuris. Lib. II. Tit. 3. Th. 9. not. y. Tom. I. pag. 329.

der Weide zu dulden sind? Die Rechtsgelehrten sind deshalb sehr verschiedener Meinung. Einige [16]) wollen die Lämmer schlechterdings, auch selbst während der Saugezeit, von der Weide ausschließen, weil Servituten, als eine gehässige und lästige Sache, streng nach den Worten erklärt werden müßten, und die Erfahrung lehre, daß die Lämmer, auch so lange sie wirklich noch saugen, bereits die Weide nebenher mit genößen. Andere hingegen, denen auch Hellfeld beystimmt, lassen zwar die Lämmer zu, allein sie streiten darüber, wie lange der Eigenthümer des dienstbaren Weideplatzes dieselben ungezählt auf der Weide zu leiden schuldig sey? Einige [17]) behaupten nämlich, die Lämmer müßten ein ganzes Jahr ungezählt neben den Schafen auf der Weide geduldet werden. Andere [18]) hingegen halten dafür, daß der Eigenthümer des Weide-

 platzes

16) WERNHER Observat. for. Tom. II. Part. VIII. Obs. 491. *God.* BARTH Diss. de iure pascendi. Cap. 3. §. 5.

17) BRUNNEMANN Comment. ad L. 17. D. h. t. *de* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 9. not. 3. *Aug. a* LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CVIII. Cor. 1. *God. Christ.* LEISER iur. georgic. Lib. II. cap. 14. nr. 52. *Io. Wilh.* ENGELBRECHT Specim. de eo quod iustum est circa agnos. (*Helmst. 1724.*) P. II. Cap. 2. §. 4. Estor kleine Schriften St. 12. Nr. 9. S. 760. KIND Quaest. for. T. II. cap. 59.

18) von Rohr Haushaltungsrecht B. 6. Cap. 3. §. 5. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 5. Bd. Medit. 310. und besonders Runde Beyträge zur Erläuterung rechtlicher Gegenstände 1. Band (Göttingen 1799. 8.) Nr. X. S. 339. ff. Dieser Meinung sind auch THIBAUT im System des Pand. Rechts. 2. Bd. §. 608. lit. B. und Hagemann im Landwirthschaftsrechte. §. 2998. Not. *. S. 564.

platzes die Lämmer nicht länger, als bis zur Absetzezeit, welche zwischen Pfingsten und dem Johannistage eintritt, ungezählt auf der Weide zu dulden schuldig sey. Diese letztere Meinung verdient ohne Zweifel den Vorzug. Die Gründe liegen in der Natur der Sache. Denn Servituten dürfen nicht zum Nachtheil des dienstbaren Gutes ultra modum concessum ausgedehnt werden; und dann bringt dies auch die Absicht des die Zahl bestimmenden Vertrages mit sich, welche unstreitig dahin geht, daß die Weide nicht mit zu viel fressendem Viehe übertrieben werde.

§. 680.

Mithutungsrecht des Eigenthümers.

Die Hutungsgerechtigkeit kann endlich dem Andern entweder auf eine solche Art gestattet seyn, daß sich der Eigenthümer dabey des Rechts, sein eigen Vieh auf seinen Grundstücken mitweiden zu lassen, ausdrücklich begeben hat; oder so, daß ihm die Mithut, *ius compascendi*, zusteht. Letzteres wird im Zweifel vermuthet. Denn das Recht der Mithut ist ein Ausfluß des dem Eigenthümer zustehenden Gebrauchsrechts, welches ihm selbst die Gesetze, neben der auf dem Gute haftenden Servitut, ausdrücklich zu sichern [19]). Dem Eigenthümer bleibt also die Mithut so lange offen, bis der Hutungsberechtigte dargethan hat, daß ihm entweder ein ausschließliches Hutungsrecht von dem Eigenthümer selbst eingeräumt sey, oder daß er sich über

19) *L. 6. C. de Servitut. L. 13. §. 1. in fin. D. Commun. praedior.* S. *Andr. Flor.* RIVINI Disp. de aequali iure dominantis et servientis praedii, si pascua non sufficiant. *Lipsiae 1738.* §. 10. et 11.

über rechtsverjährte Zeit im Besitz des Verbietungsrechts befinde [20]). Durch bloßen Nichtgebrauch hingegen geht das Recht der Mithut von Seiten des Eigenthümers darum nicht verloren, weil dessen Ausübung, als ein Ausfluß des Eigenthumsrechts, von der freien Willkühr des Eigenthümers abhängt [21]). Tritt nun der Fall ein, daß der Ertrag der Weide für beyde Heerden nicht zureicht, so ist die Frage, welcher von beyden Interessenten zurückstehen, oder seine Heerde vermindern müsse? sehr streitig. Man hat hier, wie Hellfeld auch ganz richtig behauptet, vor allen Dingen darauf zu sehen, ob die Zahl des Viehes, welches der Hutberechtigte weiden darf, ausdrücklich bestimmt ist, oder nicht. Im ersten Falle sind alle darin einverstanden, daß der Eigenthümer dem Hutungsberechtigten weichen müsse, wenn die Fütterung mangelt. Hier tritt die Regel ein: *eatenus ab usu iuris mei excludor, quatenus id alteri in meo concessi* [22]). In dem andern Falle hingegen sind die Meinungen der Rechtsgelehrten getheilt. Einige [23]) geben dem Eigenthü-

20) RIVINUS cit. Diss. §. 18. et 19. Hagemann §. 301. Not. 1. S. 569. und Strampffer a. a. O. §. 33.

21) RIVINUS cit. Diss. §. 20. und Münters Weiderecht §. 112. S. 162.

22) Struben rechtl. Bedenken 4. Th. Bed. 117. §. 3. S. 300. und THIBAUT System des P. R. 2. Bd. §. 608. S. 49. a. E.

23) LAUTERBACH Colleg. Pand. th. pract. h. t. §. 9. BRUNNEMANN Comm. ad L. 13. D. Commun. praed. nr. 5. BERLICH P. II. Concl. 49. nr. 6. sqq. BOEHMER iur. Dig. h. t. §. 9. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1105. MALBLANC Princip. iur. Rom. Tom. II. §. 435. not. g. und Strampffer §. 33.

mer des dienenden Grundstücks, andere [24]) dem Hutberechtigten den Vorzug. Noch andere [25]) behaupten, der Eigenthümer des belasteten Grundstücks müsse auch bey einer unbestimmten Hutgerechtigkeit wenigstens alsdann immer zurückstehen, wenn von Seiten des Hutberechtigten die Anzahl des Viehes nicht überschritten wird, welche derselbe mit eigenem gewonnenen Winterfutter ernähren kann. Es giebt ferner Rechtsgelehrten [26]), welche darauf gesehen wissen wollen, mit welchem Titel die Weideservitut erworben worden sey. Ist nämlich die Weideservitut durch Verjährung erworben, so sey der Eigenthümer des dienenden Grundstücks auf jeden Fall wenigstens soviel Vieh zuzulassen, gesetzlich verpflichtet, als dem Hutberechtigten mit eigener Fütterung zu durchwintern möglich ist. Denn da die Präscription eine Strafe der Nachläßigkeit ist, so verdiene hier der Eigenthümer keine rechtliche Begünstigung. Wäre hingegen die Hutgerechtigkeit dem Andern durch Vertrag bewilliget worden, so müsse ob clausulam rebus sic stantibus für den Eigenthümer des dienenden Gutes gesprochen

24) WERNHER Observat. for. Tom. II. P. IX. Obs. 67 *de* BERGER Oecon. iur. Lib. II. Tit. 3. Th. 9. not. 5. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 15. KIND Quaest. for. Tom. I. cap. 48.

25) Gmelin und Elsässer gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle 3. Band Nr. 13. §. 133. Hagemann im Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 301. S. 570. f und Danz im Handbuch des deutschen Privatrechts 2. B. S. 527. f.

26) *Car. Frid. Gans* nobil. dom. in PUTLITZ Dissert. epistolar. de eo, quod iustum est circa servitutem pascendi, si pascua non sufficiunt. *Halae 1772.* 4. und Münter Weiderecht. §. 64.

sprochen werden. Endlich verdienen diejenigen [27]) noch besonders bemerkt zu werden, welche behaupten, daß, wenn die Zahl des zu weidenden Viehes nicht besonders bestimmt ist, das Recht auf beyden Seiten gleich sey, folglich beyde ihre Heerden, nach dem Urtheile der Haushaltsverständigen, verhältnißmäßig vermindern müßten. Diese letztere Meinung, welche auch Hellfeld annimmt, ist nicht nur den Rechten und der Billigkeit am gemäßesten, sondern auch jetzt fast durchgehends in der Praxis angenommen [28]).

§. 681.

Koppelhut. Verschiedene Arten derselben. Inwiefern findet einseitige Aufhebung derselben Statt?

Von dem Rechte der Mithut, von welchem in dem vorigen Paragraph die Rede war, ist eigentlich die Koppelweide zu unterscheiden. Zwar wird von vielen das Recht der Mithut, welches dem Eigenthümer des dienstbaren Gutes auf seinem eigenen Grundstücke neben dem Hutungsberechtigten zusteht, auch als eine Art der Koppelweide aufgeführt, in sofern nämlich unter Koppelhut im allgemeinen Sinn, eine gemeinschaftliche Hütung, oder ein gemeinschaftliches Weiderecht überhaupt

27) HEINECCIUS in Elem. iuris civ. sec. ord. Pand. h. t. §. 152. RIVINUS in Diss. de aequali iure dominantis et servientis praedii, si pascua non sufficiant. §. 26. et 27. und HOMMEL Rhapsod. quaestion. forens. Vol. I. Obs. 188.

28) S. *Christ. Gottl.* HAUBOLD ad *Bergeri* Oeconom. iuris Tom. I. pag. 331. not. d. und *Io. Ad. Theoph.* KIND Quaest. for. Tom. IV. cap. 66. pag. 386. sq.

verstanden wird[29]). Allein Koppelhut, oder Koppelweide kann, wenn man

I. auf das Object sieht, entweder

1) auf fremden Grundstücken statt haben, und dann versteht man

a) im eigentlichen Sinn unter Koppelweide, *Compascuum in specie sic dictum*, wenn mehrere verschiedene Gutsbesitzer einander wechselseitig die Weide auf ihren Grundstücken blos bittweise, als ein persönliches Recht, aus nachbarlicher Freundschaft, und zur Vermeidung aller Irrungen und Streitigkeiten, gestatten. Ein solches *compascuum ex familiaritate concessum* wird insgemein durch die untermischte Lage der Saatfelder und Wiesen veranlaßt, welche es fast unmöglich macht, daß nicht das Vieh des einen Eigenthümers auf die angränzenden Saatfelder und Wiesen des andern Nachbars herüber laufe, und was abfresse. In dieser Lage pflegen oft Nachbaren einander ein gegenseitiges Abhutungsrecht zu gestatten, um immerwährenden Pfändungen auszuweichen[30]). Ein solches Weiderecht beruhet auf einem Precarium, und kann daher nach Gefallen widerrufen werden, ohne daß dem

29) S. Stampfer in der angef. Abh. 2. Abschn. §. 31. und Hagemann im Landwirthschaftsrecht §. 300. u. ff. LEYSER sagt in seinen Meditat. ad. Pand. Specim. 108. medit. 11. *Compascuum* est communio iuris pascendi.

30) S. Münters Abhandlung von der Koppelweide, in dem Archiv für die theoret. und pract. Rechtsgelehrsamkeit von Hagemann und Günther 4. Th. Nr. 2.

dem einen Theile eine Verjährung gegen den Andern zu statten kommt [31]).

b) Im uneigentlichen Sinn, eine gegenseitige Weideservitut, wenn jeder der zur Koppelhut berechtigten Nachbaren durch eine Servitut berechtiget ist, sein Vieh auf des andern Grundstücke zu hüten. Ein solches Weiderecht kann von keinem der beyden Theile einseitig aufgehoben werden [32]).

Ist es zweifelhaft, ob die Koppelhut als Servitut, oder als ein Precarium zugestanden sey, so fragt sich's, wofür die Vermuthung streite? Hellfeld behauptet, daß im Zweifel kein Precarium zu präsumiren sey. Eben dieser Meinung ist auch Thibaut [33]). Allein die meisten Rechtsgelehrten [34]) nehmen das Gegentheil an, weil die Vermuthung für das Precarium mit der allgemeinen Begünstigung der natürlichen Freyheit mehr übereinstimme, dahingegen das Daseyn einer Servitut im Zweifel nicht vermuthet

31) S. BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 9. not. 6. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 212. und Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts 2. Bd. §. 283. S. 526.

32) HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1092. pag. 289.

33) System des P. R. 2. B. §. 608. S. 50.

34) BERGER c. l. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 11. CARPZOV P. II. Const. 4. Def. 14. et Constit. 41. Def. 9. STRUV Exercit. XIII. §. 27. *Io. Lud.* ECKARDT Diss. an detur compascuum ex praesumtione, quod sit familiaritas, aut precarium, revocabile? *Ienae 1784.* HAUBOLD ad *Bergerum* cit. loc. T. I. pag. 331. not. f. HOFACKER cit. loc. Münter in der angeführten Abhandlung. §. 3.

thet werden könne. Ueberdem bringe es auch schon die Natur einer Gemeinschaft mit sich, daß niemand wider seinen Willen darin zu bleiben, genöthiget werden könne. Noch andere [35]) sagen, wenn zwischen den Besitzern angränzender, im ausschließlichen Eigenthume eines jeden befindlichen, Grundstücke die gemeinschaftliche Hutung auf diesen Grundstücken regelmäßig statt hat, so sey eine wechselseitige Weideservitut anzunehmen; wenn hingegen diese gegenseitige Behütung nicht regelmäßig und beständig auf ebendenselben, sondern nur zuweilen, und bald auf diesen bald auf andern Stücken statt findet, so sey ein Precarium zu präsumiren. Die richtigste Meinung ist jedoch diejenige, welche die Praxis annimmt [36]), nämlich, daß kein besonderer Grund vorhanden sey, das eine vor dem andern zu präsumiren, weil das eine so gut, wie das andere statt haben kann, und das eine so gut, wie das andere factisch ist. Wenn also ein Nachbar gegen den andern behauptet, daß die bisher ausgeübte Koppelhut ein bloßes precarium gewesen sey, und dieses zum Grunde seiner Klage macht; so muß er den Beweiß übernehmen [37]). Es hat indessen keinen Zweifel, daß die ursprünglich auf einem bloßen Precarium beruhende Koppelhut dadurch in eine

35) Hagemann Landwirthschaftsrecht §. 303.

36) MEVIUS P. V. Decis. 251. WERNHER Observat. for. T. II. P. VIII. Obs. 358. KIND Quaestion. for. Tom. III. cap. 38. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius, civ. controv. h. t. Qu. 2. not. o.

37) Diese Meinung stimmt auch mit den allgemeinen Grundsätzen von der Beweisführung am besten überein. S. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß S. 170. ff.

eine Weideservitut verwandelt und umgeschaffen werden könne, daß einer der Interessenten sie widerrufen will, der andere aber widerspricht, und fortfährt, sein Vieh binnen der zur Verjährung erforderlichen Zeit ungehindert in die Weide eintreiben zu lassen [38]).

2) Auf gemeinschaftlichen Grundstücken kann die Koppelhut mehreren, vermöge eines Miteigenthums, zustehen. *Compascuum ex iure condominii.* Ein solches gemeinschaftliches Weiderecht kann wenigstens insofern wieder aufgehoben werden, als das Miteigenthum selbst durch Theilung aufgehoben werden kann.

II. Sieht man auf das Subject, so können die Interessenten entweder

1) Einzelne seyn, denen die Koppelhut auf einem fremden Grundstück entweder mit dem Eigenthümer desselben, oder zugleich mit andern gemeinschaftlich zusteht. Hier ist das Verhältniß der mehreren Hutungsberechtigten unter sich nach den Grundsätzen von der Communion*), das Verhältniß aller zum Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks hingegen nach den allgemeinen Grundsätzen von Dienstbarkeiten zu beurtheilen. Gewöhnlich versteht sich jedoch die Hut von gleicher Zeit, Zahl und Art des Viehes, wofern unter den Interessenten nicht ein Anders bestimmt ist [39]).

2) Mitglieder einer Gemeinheit. Diese Koppelweide, welche vermöge des Gemeinderechts ausgeübt wird, ist eine der gewöhnlichsten. Es gehören dahin

38) Hagemanns Landwirthschaft §. 303.

*) *Arg. L. 4. D. de aqua quotid.*

39) S. Hagemann §. 302. und Strampfer a. a. O. §. 34.

dahin die Gemein-Weiden der Städte und Dörfer. Solche Gemeinweiden werden entweder

a) auf öffentlichen Plätzen, welche zum Eigenthume des Staats gehören, oder

b) auf Gemeinde-Plätzen, deren Eigenthum der ganzen Gemeinheit, als einer moralischen Person, zusteht, oder

c) auf der ganzen Dorfsflur, mithin auch auf den, im ausschließenden Eigenthume eines jeden Gemeindegliedes befindlichen Aeckern und Wiesen ausgeübt. Ein solches *Compascuum* ist oft wegen der untermischten Lage der säbaren Grundstücke, welche die Feldfluren der teutschen Dörfer bilden, fast nothwendig, und an vielen Orten dergestalt zu einem Gesammteigenthume der Gemeinde geworden, daß der Eigenthümer seiner Felder und Wiesen nicht einmal die Vorhut auf seinem Grund und Boden ausüben, oder sonst etwas vornehmen darf, wodurch die Weide der Interessenten verhindert wird [40]).

Die Gränzen der Ausübung des Gemeinde-Weiderechts sind gewöhnlich durch Dorf- und Gemeinde-Ordnungen oder Observanzen vorgezeichnet. Auf jeden Fall haben jedoch nur wahre Gemeinde-Glieder ein vollkommenes Anspruchsrecht daran, ohne übrigens auf die Größe ihrer Besitzungen Rücksicht zu nehmen [41]). Der Grad der Theilneh-

40) Hagemann §. 304. Not. 1. S. 575. und Kleins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät. 1. Bd. S. 351. ff.

41) PUFFENDORF Observat. iur. univ. T. IV. Obs. 108. von Bülow und Hagemanns practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 4. Bd. Erört. 56. und Münters Weiderecht. §. 90.

nehmung eines jeden Mitgliedes ist im Zweifel nach dem Verhältniß der Bedürfnisse zu bestimmen, und daher zum Grundsatz anzunehmen, daß jeder Interessent nur dasjenige Vieh auf die gemeine Weide bringen dürfe, was er zum Behuf seines eigenen Haushalts nöthig hat[42]). Eine solche Koppelweide, welche vermöge des Gemeinderechts ausgeübt wird, kann nun anders nicht aufgehoben werden, als wenn entweder alle Gemeindeglieder darein willigen, oder die Aufhebung wenigstens durch die Majorität beschlossen wird[43]); und hiervon ist auch zunächst die Art der Vertheilung bey Gemeinweiden abhängig. Ist nichts darüber bestimmt worden, so wollen zwar einige[44]) dasjenige Princip für das angemessenste halten, nach welchem die Viehzahl, womit jeder Theilhaber die gemeine Weide zu betreiben befugt war, den Maasstab zur Bestimmung der Antheile abgiebt. Allein da jedes Mitglied unstreitig ein gleiches Recht an der Gemeinweide hat, so ist nach rechtlicher Ansicht die Meinung derjenigen billig vorzuziehen, welche zum Grundsatz annehmen, daß die Vertheilung der Gemeindeplätze in völlig gleiche Theile geschehen müsse, und also im Zweifel Kopftheile zu machen sind[45]). Daß inzwi-

42) S. von Bülow und Hagemanns pract. Erörterungen 4. Bd. Nr. 57.

43) Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 2. Bd. §. 283. S. 547. und THIBAUT Syst. des P. R. 1. B. §. 221. S. 164.

44) S. Runde Beiträge zur Erläuterung rechtlicher Gegenstände 1. Band Nr. I. und Hagemanns Handb. des Landwirthschaftsrechts §. 103.

45) S. Krülls Bestimmung des rechtlichen Verhältnisses, nach welchem Gemeinplätze oder Gemeinweiden unter die dazu Berech-

inzwischen eine solche Gemeinheitstheilung und Auseinandersetzung wegen der verschiedenen Ansichten und Meinungen der Rechtsgelehrten immer mit großen Schwierigkeiten verbunden sey, lehrt die Erfahrung [46]).

§. 682.

Servitus aquaeductus, aquaehaustus, et pecoris ad aquam appulsus.

V. Die *Servitus aquaeductus* ist das dingliche Recht, Wasser in Röhren oder Canälen aus einer fremden Quelle, oder durch eines andern Grundstück in das seinige zu leiten, oder aus seinem Grundstücke durch des Nachbars Grund und Boden abzuleiten. Wasserleitungsgerechtigkeit. Westphal [47]) sagt richtiger, wie andere, AQUAEDUCTUS est, *quando, per fundum vicinum,*

rechtigten vertheilt werden sollen; in desselben Prüfung einzelner Theile des bürgerlichen Rechts. 2. Bändchen. Landshut 1803. 8. und THIBAUT Syst. des P. R. 1. B. §. 221. S. 164. folg.

46) Man vergleiche noch Gönner über Cultur und Vertheilung der Gemeinweiden in rechtlicher und staatswirthschaftlicher Rücksicht. Landshut 1803. 8 Jacobi Beschäftigungen mit Gemeinheits-Theilungs-Materien. Hannover 1803. 8. Meier über die Gemeinheitstheilung 1. Th. Celle 1801. Mereau Miscellaneen zum deutschen Staats- und Privatrecht 1. Th. Gotha 1791. Nr. 4. und Leuperts wirthschaftliches Taschenbuch Jahr 1804. Nr. 11.

47) De lib. et servitut. praed. §. 617. Man sehe auch *Ge. Sigism.* RICHTER Diss. de aquaeductibus, *Jenae*, praes. *Ge. Ad.* STRUVIO, def. 1666. und *G. G.* HERMANN Diss. de servitute aquae ductus *Lipsiae 1803.*

cinum, vel ad se derivare licet aquam, vel a fundo suo deducere. Es läßt sich also diese Servitut auf zweyerley Art gedenken.

I. Wenn man befugt ist, Wasser aus eines Andern Grundstück, oder durch dasselbe, in das seinige zu leiten. Dies ist der gewöhnliche Fall, auf welchen sich folgende Stellen beziehen.

Ulpian *L.* 1. *pr. D. h. t. Aquaeductus* est ius aquam ducendi per fundum alienum.

Justinian §. 1. *I. de Servitutibus praed.* hat diesen Begriff wörtlich beybehalten.

Theophilus in seiner griechischen Paraphrase über diese Stelle der Institutionen *Lib. II. Tit.* 3. *Pr.* [48]) giebt folgenden Commentar darüber:

Aquaeductus ἐστι δικαίον τοῦ ἕλκειν με ὕδωρ δι' ἀλλοτρίου ἀγροῦ· οἷον, εἶχες ἀγρὸν ὑδατι πλουτοῦντα· εἶχον δὲ ἐγὼ πλησίον ἀγρὸν ὑδατος δεόμενον· ἠτησά σε, ὥσε μοι ἐξεῖναι ἐκ τῆς παρὰ σοὶ Φυομένης πηγῆς ὕδωρ ἕλκειν εἰς τὸν ἐμὸν ἀγρόν· παρέσχες μοι τοῦτο. αὕτη ἡ δουλεία λέγεται aquaeductus. d. i. AQUAEDUCTUS *est ius aquae ducendae per alienum agrum: veluti, habebas agrum aqua abundantem; et ego in propinquo habebam agrum aqua indigentem: rogavi te, ut mihi liceret ex fonte apud te exoriente aquam ducere in meum agrum; hoc mihi concessisti. Haec servitus dicitur aquaeductus.*

Harmenopulus in seinem Προχειρον νομων. Lib. II. Tit. 4. nr. 117. [49]) sagt: *και το ἑλκειν ὑδωρ ἀπο πηγης ἀλλο-*

48) Tom. I. pag. 267. der Reitzischen Ausgabe.

49) In Supplemento novi Thesauri Meerman. pag. 144.

ἀλλοτρίας, δουλεία ἐστιν. i. e. ex fonte etiam alieno aquam ducere servitus est. Es ist hier noch Folgendes zu bemerken.

1) In der Regel darf das Wasser nur durch Röhren geleitet werden. Einen Canal von Steinen darf der Berechtigte nur dann anlegen, wenn es bey der Bestellung dieser Servitut ausdrücklich ausbedungen und verstattet worden ist. Paulus sagt *L.* 17. §. 1. *D. de aqua et aquae pluviae arc.* Recte placuit, non alias *per lapidem* aquam duci posse, nisi hoc in servitute constituenda comprehensum sit. Non enim consuetudinis est, ut qui aquam habeat, *per lapidem stratum ducat*; illa autem, quae fere in consuetudine esse solent, *ut per fistulas aqua ducatur*, etiamsi nihil sit comprehensum in servitute constituenda, fieri possunt: ita tamen, ut nullum damnum domino fundi ex his detur.

2) Die Servitus aquaeductus kann constituirt werden, wenn gleich noch kein Wasser auf dem dienstbaren Grundstück vorhanden ist, nämlich auf eine solche Art, daß der Berechtigte erst das Wasser suche, und solches, wenn er eine Quelle gefunden hat, in sein Grundstück leite. Paulus bemerkt dies ebenfalls *L.* 10. *D. h. t.* wenn er sagt: *Labeo* ait, talem servitutem constitui posse, *ut aquam quaerere, et inventam ducere liceat.* Nam si liceat, nondum aedificato aedificio, servitutem constituere, quare non aeque liceat, *nondum inventa aqua*, eandem constituere servitutem? et, si ut quaerere liceat, cedere possumus, etiam, ut inventa ducatur, cedi potest.

3) Wird die Wasserleitung dem Andern ohne Bestimmung der Stellen gestattet, durch welche die Wasserröhren lau-

laufen, oder der Canal gezogen werden soll, so hat der Berechtigte zwar die Wahl, es findet jedoch, wenn sie einmal geschehen ist, keine Veränderung weiter statt. Es sind hier folgende Gesetzstellen zu bemerken.

L. 21. *D. h. t.* wo **Paulus** sagt: Si mihi concesseris *iter aquae* per fundum tuum, non destinata parte, per quam ducerem; *totus fundus tuus serviet.*

Eben so sagt auch **Scävola** *L.* 8. *D. de aqua quotid.* Cui per fundum iter aquae debetur, *quacunque vult*, in eo rivum licet faciat, dum ne aquaeductum interverteret [50]).

Auf jeden Fall muß jedoch zur Anlegung des Canals ein solcher Ort gewählt werden, welcher unbebauet ist, und wo also die Servitut ohne Nachtheil des dienenden Grundstücks ausgeübt werden kann. **Pomponius** gedenkt dieser Modification *L.* 22. *D. h. t.* wo es heißt:

Sed quae loca eius fundi tunc, cum ea fieret cessio, *aedificiis*, *arboribus*, *vineis vacua fuerunt*, ea sola eo nomine servient.

Wenn **Paulus** *L.* 26. *D. h. t.* sagt: Si via, iter, actus, *aquaeductus* legetur simpliciter per fundum, *facultas est heredi*, per quam partem fundi velit constituere servitutem; so ist dies eigentlich von einem legato damnationis zu verstehen [51]), und kann, da jetzt der Unterschied der Formeln bey Vermächtnissen aufgehoben ist, nun

50) S. *Greg.* MAJANSIUS ad trig. ICtor. fragmenta Tom. I. pag. 186. sqq.

51) S. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 8.

nur noch in dem Falle angewendet werden, wenn dem Erben die Wahl ausdrücklich gestattet worden ist [52]).

4) Es kann auch mehreren die Wasserleitungsgerechtigkeit an dem nämlichen Orte gegeben werden. Ist das Wasser nun für alle, zum ökonomischen Gebrauche ihrer Grundstücke, hinreichend, so können sie alle das Wasser zu gleicher Zeit und auf gleiche Weise leiten. In dem entgegengesetzten Falle aber ist eine Eintheilung zu machen nöthig. Wenn nun hierauf nicht schon bey der Bestellung der Servitut Rücksicht genommen worden ist; z. E. daß das Wasser nach Jahreszeiten, oder nach Tagen, oder nach Stunden von einem nach dem andern genutzt werden soll; so muß der Richter die Interessenten auseinandersetzen [53]). Es verdienen hier folgende Stellen bemerkt zu werden.

L. 2. §. 1. *D. h. t.* Aquaeductus, et haustus aquae, per eundem locum ut ducatur, *etiam pluribus concedi potest*: potest etiam, ut diversis diebus vel horis ducatur.

L. 2. §. 2 eod. Si aquaeductus vel haustus aquae sufficiens est, *potest et pluribus per eundem locum concedi*, ut et iisdem diebus vel horis ducatur.

L. 2. *D. de aqua quotid. et aestiva.* Si diurnarum aut nocturnarum horarum aquaeductum habeam: *non possum alia hora ducere*, quam qua ius habeam ducendi.

L. 4.

52) Vergleiche oben §. 677. S. 165. folg.

53) Von der Vertheilung der Privatwässerung unter die Interessenten vergleiche man Franz Ludw. von Cancrin Abhandlungen vom Wasserrechte 2. B. 7. Abh. §. 18. S. 150.

L. 4. *D. eadem.* Lucio Titio ex fonte meo, ut aquam duceret, cessi: Quaesitum est, an et Maevio cedere possim, ut per eundem aquaeductum aquam ducat? Et, si putaveris posse cedi per eundem aquaeductum duobus: quemadmodum debeant? Respondit: Sicut iter, actus, via pluribus cedi vel simul, vel separatim potest, ita aquae ducendae ius recte cedetur. Sed *si inter eos, quibus aqua cessa est, non convenit, quemadmodum utantur: non erit iniquum, utile iudicium reddi,* sicut eos, ad quos ususfructus pertinet, utile communi dividundo iudicium reddi, plerisque placuit.

L. 5. *D. eod.* Cum constet, non solum temporibus, sed etiam mensuris [54]) posse aquam dividi: potest eodem tempore alius quotidianam, alius aestivam aquam ducere: ita ut aestate inter eos dividatur aqua, hieme solus ducat is, qui quotidianae ius habeat. Endlich ist noch

5) zu bemerken, daß auch bey der Servitus *aquaeductus* so wenig, als bey einer andern, eine Ausdehnung weder über die Gränzen des herrschenden, noch dienstbaren Grundstücks Statt finde, sondern vielmehr streng auf die Art der Concession und auf die bisherige Observanz gesehen werden müsse. Hierher gehören folgende Stellen.

L. 12. *C. de Servitutibus.* Non modus praediorum, sed servitus aquae ducendae terminum facit. d. i. nicht die Größe des Grundstücks, und dessen nachherige Erwei-

 terung

54) Von den verschiedenen Arten des Wassermaaßes, *digitus* und *uncia*, bey den Römern sehe man *Petr. Wesseling* Observation. variar. Lib. II. cap. 27.

terung kommt hier in Betrachtung, sondern die Concession der Servitut allein bestimmt die Gränzen bey der Ausübung derselben[55]). In den Basiliken[56]) wird diese Stelle auf eben die Art erklärt: Οὐκ ὀφείλει πλέον μέρος τοῦ ὕδατος λαβεῖν, ἀλλὰ πρὸς τὴν γενομένην παραχώρησιν, οὕτως ὀφείλομεν ἕλκειν τὸ ὕδωρ. i. e. *Maior modus aquae non debet accipi, sed quatenus facta est cessio, eatenus aquam ducere debemus.*

L. 3. §. 2. *D. de aqua quotid.* Si aquam flumine publico duxeris, et flumen recesserit: non potes subsequi flumen: quia ei loco servitus imposita non sit, quamvis is locus meus sit. Sed si alluvione paulatim accesserit fundo tuo, subsequi potes: quia locus totus fluminis serviat ductioni. Sed si circumfluere coeperit mutato alveo, non potes: quia medius locus non serviat, interruptaque sit servitus. Hier ist von dem Falle die Rede, da Jemand das Wasser aus einem öffentlichen Flusse, welches jedem freysteht[57]), bisher durch mein an dem Flusse liegendes Grundstück, vermöge einer ihm deshalb verstatteten Servitut, in das seinige geleitet hatte. Ver-

55) S. WISSENBACH Commentar. ad dict. L. 12. C. pag. 196.

56) Tom. VI. Lib. LVIII. Tit. 7. Const. 12. pag. 775.

57) *L.* 2. *D. de flumin.* Quominus *ex publico flumine ducatur aqua*, nihil impedit, nisi Imperator, aut Senatus vetet: si modo ea aqua in usu publico non erit. Sed si aut navigabile est, aut ex eo aliud navigabile fit, non permittitur id facere. Und *L.* 3. §. 1. *D. de aqua quotid.* heißt es: Ex flumine aquam ducere plures possunt: ita tamen, ut vicinis non noceant: vel si angustus amnis sit (oder vielmehr *angustus amnis fiat*) etiam ei, qui in alia ripa sit.

Verläßt der Fluß sein Bette, so kann er dem Fluß nicht nachfolgen, und seine Wasserröhren nun durch den ausgedrockneten Grund bis an das neue Flußbette ausdehnen, wenn gleich der ausgedrocknete alveus nach bekannten Grundsätzen [58]), wegen der Angränzung an mein Grundstück, mein Eigenthum geworden ist; weil auf diesen die meinem Grundstück aufgelegte Dienstbarkeit nicht erstreckt werden kann [59]).

L. 7. *Cod. de Servitut. et aqua.* Si manifeste doceri possit, ius aquae *ex vetere more atque observatione* per certa loca profluentis utilitatem certis fundis irrigandi causa exhibere: Procurator noster, ne quid *contra veterem formam atque solemnem morem* innovetur, providebit.

II. Kann die Servitut des aquaeductus auch darin bestehen, wenn man befugt ist, das Wasser aus seinem Grundstück durch des Nachbars Grund und Boden abzuleiten. Z. B. wenn meine Wiese sumpfigt ist, und ich bin befugt, einen Abzugsgraben durch meines Nachbars Grundstück zu führen. Man könnte diese Dienstbarkeit auch *Servitus aquae educendae* nennen. Wir haben hierüber folgende Stelle in dem Röm. Gesetzbuche.

L 29. *D. h. t.* wo **Paulus** sagt: Qui duo praedia confinia habuerat, superiorem fundum vendiderat. In

 lege

58) §. 23. *I. de rer. divis. L.* 7. §. 5. *D. de acquir. rer. dom.* Daß hierauf die Worte: *quamvis is locus* (sc. quem flumen recedendo siccum reliquit) *meus fit*, sich beziehen, hat auch POTHIER in Pandect. Iustin. T. I. Lib. VIII. Tit. I. nr. XII. not. d. et e. bemerkt.

59) S. WESTPHAL de lib. et servit. praed. §. 176. not. 146.

lege ita dixerat: *ut aquam, fulco aperto, emtori educere in fundum inferiorem recte liceat.* Si emtor ex alio fundo aquam acciperet, et eam in inferiorem ducere vellet, quaesitum est, an possit id suo iure facere, nec ne? Respondi, nihil amplius, *quam quod ipsius fundi siccandi causa derivaret*, vicinum inferiorem recipere debere.

VI. *Servitus aquae haustus.* Diese besteht in dem Rechte, vermöge dessen Jemand das zum Nutzen seines Grundstücks erforderliche Wasser aus eines Andern Brunnen oder Quelle oder Bache zu schöpfen befugt ist [60]). Pomponius begnügt sich *L.* 20. §. 3. *D. h. t.* bloß zu bemerken: *Hauriendi ius* non hominis, sed praedii esse [61]). Theophilus hingegen beschreibt diese Servitut in seiner griechischen Paraphrase [62]) auf folgende Art: οἷον ὥστε μοι ἐξεῖναι διέρχεσθαι ἐν τῷ σῷ ἀγρῷ, καὶ ἀπὸ τῆς ἄσης παρὰ σοὶ πηγῆς ὕδωρ ἀντλεῖν. i. e. *veluti ut mihi liceat transire per tuum agrum, et ex fonte, qui apud te est, aquam haurire.* Sie schließt also, wie hier Theophilus deutlich zu erkennen giebt, schon ihrer Natur nach die *Servitus itineris*, den Zugang zum Schöpfplatze in sich. Eben dies sagt auch Ulpian *L.* 3. §. 3. *D. h t.* ausdrücklich, wo es heißt: Qui habet haustum, *iter quoque habere videtur ad hauriendum.* Hiermit stimmt ferner Marcellus überein

60) *Car. Frid.* WALCH Diss. de aquae hauriendae servitute. *Ienae 1754.*

61) Wird das Recht, aus eines Andern Brunnen Wasser zu schöpfen, als eine persönliche Servitut eingeräumt, so heißt dies *Usus aquae. L. 37. D. h. t. L. 21. D. de Usu et habit.*

62) Ad §. 2. I. de Servitut. Tom. I. pag. 269. der Reitzischen Ausgabe.

überein, wenn er *L.* 10 *D. de servitut. praedior. urban.* sagt: Usufructu loci legato, etiam accessus dandus est, quia, et *haustu relicto*, *iter quoque ad hauriendum praestaretur.* Wenn Justinian §. 2. *I. de Servitut praed.* sagt: Inter rusticorum praediorum servitutes *quidam* computari recte putant aquae haustum; so scheint es, daß die Römischen Rechtsgelehrten darüber nicht ganz einverstanden gewesen sind, ob die Wasserschöpfungsgerechtigkeit zu den servitutibus rusticis, oder urbanis zu rechnen sey. Gerhard Noodt[63]) vermuthet, der Grund, warum man sie zu den erstern zu rechnen, Bedenken getragen habe, sey vielleicht gewesen, weil man geglaubt habe, sie gehöre nicht eigentlich zum Ackerbau. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so zweifelten wenigstens Ulpian[64]) und Neratius[65]) nicht, den aquaehaustus unter die servitutes rusticas zu zählen, deren Meinung auch Justinian bestätiget hat[66]). Walch[67]) sucht dies noch besonders durch die

63) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Tenes* (*Operum* Tom. II. pag. 217.)

64) *L. 1. §. 1. D. h. t.*

65) *L. 2. §. 1. D. eod.*

66) In der griechischen Pharaphrase des Theophilus ad §. 2. I. de Servitut. ist der Sinn des Kaisers nicht ganz richtig gefaßt, wenn es daselbst heißt: Ἐν ταῖς ἀγελείαις τῶν ἀγρῶν φάσι τίνες, συναριθμεῖσθαι δικαίως *aquaehaustum*: i. e. *In servitutibus ruris, dicunt nonnulli, merito connumerari aquaehaustum.* Denn die Partikel *recte* in dem Text der Institutionen, welche hier auf die Rechtsgelehrten gezogen wird, geht offenbar auf den Kaiser. Denn sonst wäre ja blos die Meinung einiger Rechtsgelehrten angeführt, ohne darüber zu entscheiden.

67) Diss. cit. de aquae haur. servitute. §. 4.

Bemerkung zu unterstützen, daß in Rom ein solcher Ueberfluß am Wasser, und eine solche Menge von Brunnen gewesen sey, daß Niemand nöthig gehabt habe, sich deshalb eine Servitut bestellen zu lassen. Daß indessen der aquaehaustus doch auch eben so gut, als eine servitus urbana habe constituirt werden können, wie der aquaeductus [68]), läßt sich wohl nicht bezweifeln; denn beyde Servituten haben überhaupt viel mit einander gemein.

Noch ist zu bemerken, daß eine Wasserschöpfgerechtigkeit auch auf den zu einer Wasserleitung angelegten offenen Wassergängen Statt haben könne, wie aus *L.* 2. *D. de rivis* zu ersehen ist, wo **Paulus** sagt: *Labeo* non posse ait *ex aperto rivo* terrenum fieri: quia commodum domino soli auferetur appellendi pecus, vel *hauriendi aquam.* Quod sibi non placere, *Pomponius* ait: quia id domino magis ex occasione, quam ex jure contingere; *nisi si ab initio in imponenda servitute id actum esset* [69]).

VII. *Pecoris ad aquam adpulsus* besteht in dem Rechte, das Vieh, welches man auf seinem Grundstück nöthig hat, auf eines Andern Grundstück zur Tränke zu treiben [70]). **Papinian** sagt *L.* 4. *D. h. t.* Pecoris ad aquam appellendi servitus, si praedii fructus maxime in pecore consistat, *praedii* magis, quam personae

68) *L.* 11. §. 1. *D. de public. in rem act.* S. NOODT Comm. ad Pand. h. t. pag. 219. sq.

69) Man sehe über diese Stelle WESTPHAL de lib. et servit. praedior. §. 543. not. 490.

70) S. CAEPOLLA de Servitutib. Tract. II. Cap. 8.

sonae videtur; und Ulpian *L.* 1. § 1. *D. h. t.* so wie Justinian § 2. *I. de servitut. praed.* zählen die Servitut der Viehtränke ausdrücklich unter die servitutes rusticas. Sie begreifft jederzeit die servitutem actus in sich, und kann auch, wie die Weidegerechtigkeit, mit dem *iure tugurium habendi in fundo serviente* verbunden seyn, um allenfalls bey rauher Witterung einen Zufluchtsort zu haben, wie Paulus bemerkt, wenn er *L.* 6. *in fin. D. h. t.* sagt: *Maecianus* probat, et talem servitutem constitui posse, *ut tugurium*[71]) *mihi habere liceret in suo*: scilicet, si habeam pascui servitutem, aut *pecoris appellendi;* ut, si hiems ingruerit, habeam, quo me recipiam. Der Berechtigte darf übrigens nicht mehr Vieh zur Tränke treiben, als ihm gestattet ist. Jedoch zieht eine Ueberschreitung der Gränzen nicht gerade den Verlust der Servitut nach sich, wie Trebatius behauptete, dessen Meinung Marcellus mit Recht widerlegt, wie aus einer Stelle aus Ulpian zu ersehen ist, welcher *L.* 1. §. 18. *D. de aqua quotid.* sagt: *Trebatius:* cum amplior numerus pecoris ad aquam appelletur, quam debet appelli: posse universum pecus impune prohiberi: quia iunctum pecus ei pecori, cui adpulsus debeatur, totum corrumpat pecoris adpulsum. *Marcellus* autem ait, si quis ius habens

71) *Tugurii* appellatione, sagt Pomponius *L.* 180. *D. de Verb. Signif.* omne aedificium, quod rusticae magis custodiae convenit, quam urbanis aedibus, significatur. Allein eigentlich heißt *Tugurium* eine bewegliche Hütte, dergleichen sich theils die Hirten, theils diejenigen, welche Feldfrüchte hüten, zum Schutz gegen die üble Witterung oder gegen die Hitze der Sonne bedienen. VARRO *de re rustica* Lib. II. cap. 17. und ISIDORUS Lib. XIV. *Origin.* cap. 12.

habens pecoris ad aquam appellendi, plura pecora adpulserit: non in omnibus pecoribus eum prohibendum: quod est verum; quia pecora separari possunt.

§. 683.

Noch einige andere servitutes rusticae, deren in den Gesetzen hin und wieder Erwähnung geschieht.

Außer den angeführten Servituten kommen noch verschiedene andere in den Gesetzen des Röm. Rechts, als servitutes rusticae, vor, welche wir noch kürzlich bemerken wollen. Dahin gehören: *ius cretae eximendae*, *calcis coquendae*, *lapidis eximendi*, et *arenae fodiendae* in fundo alieno, aedificandi eius gratia, quod in fundo nostro est; item *ius ex silva vicini pedamenta sumendi* ad vineam nostram necessaria. Item *ius fructus in vicini villa cogendi*, *coactosque ibi habendi*; deren *L.* 1. §. 1. *L.* 5. §. 1. et *L.* 6. §. 1. *D. h. t* Erwähnung geschieht, und deren Natur sich schon aus dem Wortverstande von selbst ergiebt. Zuweilen kann, wie Ulpian *L.* 13. §. 1. *D. Commun. praedior.* bemerkt, durch das Herkommen die Freiheit, auf einem fremden Grund und Boden, gegen Erlegung des hergebrachten Bruchgeldes[72]), Steine zu brechen, eingeführt seyn. Auch in diesem Falle muß jedoch der Steinbruch so ausgeübt werden, daß die Grube nicht darunter leide,

72) Statt *Solatium*, wie die Florentine hat, ist vielmehr nach der Vulgata *Solarium* zu lesen. *Solarium* wird also hier, wie DUCKER in Opuscul. de Latinitate veter. ICtorum pag. 418. sagt, pro pecunia genommen, quae secundum consuetudinem loci pendenda est domino, e cuius lapidicinis, quae in ipsius agro privato sunt, alius lapides vult caedere.

leide, und dem Eigenthümer selbst der nöthige Gebrauch der Steine nicht entzogen werde. Wenn der Steinbruch meines Nachbars sehr nahe an mein Grundstück gränzt, so kann ich demselben, wenn es ihm am Platz fehlt, das Recht verstatten, die gebrochenen Steine auf mein Grundstück zu wälzen, und dort lagern zu lassen. Dieser Servitut gedenkt ebenfalls Ulpian *L.* 3. §. 2. *D. h. t.*

Einige Rechtsgelehrten[73]) wollen auch noch eine sogenannte *Servitus thynnaria* in der *L.* 13. *pr. D. Commun. praed.* entdeckt haben, welche in dem Rechte bestehen soll, meinem Nachbar zu verbieten, daß er nicht an der Küste der See die Fischerey treibe, sondern mir solche zum Nutzen meines Grundstücks allein überlasse. Sie nennen sie auch *Servitutem non piscandi*, und legen ihr die anomalische Eigenschaft bey, daß sie nicht auf dem dienenden praedio selbst ausgeübt werde, sondern zum Vortheil des herrschenden Grundstücks den Eigenthümer des dienenden nur zur Unterlassung einer Handlung verpflichte, welche sonst jedem erlaubt ist. Allein diese vermeintliche Servitut weicht viel zu sehr von der bekannten Natur einer negativen Dienstbarkeit ab, als daß es dem großen Ulpian hätte einfallen können, eine solche Servitut im Ernst zu behaupten. Eine nähere Betrachtung der Worte der *L.* 13. wird uns hiervon überzeugen, welche folgendergestalt lauten. Venditor fundi Geroniani fundo Botrojano, quem retinebat, legem dederat, ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur, *quamvis mari*, *quod natura omnibus patet*, *ser-*

73) *Ant.* FABER Rational. ad Pandect. h. L. WESTPHAL de Servitut. praed. §. 619. not. 549. pag. 402. und Münter von Servituten 1. Th. §. 64.

servitus imponi privata lege non potest: quia tamen bona fides *contractus legem* servari venditionis exposcit: *personae possidentium*, aut *in ius eorum succedentium*, per stipulationis vel venditionis legem *obligantur*. Offenbar ist hier nur von einer persönlichen Verpflichtung des Käufers und seiner Erben, aber von keiner Servitut die Rede, wie Cujaz[74]), Capolla[75]) und Pothier[76]) auch schon längst gezeigt haben. Wie konnte auch eine Servitut constituirt werden, die den dritten Besitzer des verkauften Grundstücks hätte verbinden können, Etwas auf einer res communis zu unterlassen, was jedem Menschen die natürliche Freyheit erlaubte? Das Gesetz sagt es ja deutlich genug, *mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest.* Die Worte: *aut in ius eorum succedentium* können daher unmöglich auf successores singulares sich beziehen, weil es eine bekannte Wahrheit ist, daß ein Dritter aus dem Vertrage eines Dritten nicht verpflichtet wird[77]). Ich füge hier nur noch zur Erläuterung dieser Stelle hinzu, daß der Ausdruck *Thynni* alle größere Arten der Seefische bezeichnete; die hierauf gehende Fischerey hieß daher *piscatio thymnaria*, oder *cetaria*, und diejenigen, welche dieselbe trieben, wurden *cetarii* oder θυνοσκοποι genennt[78]).

Daß

74) Observation. Lib. XXIV. cap. 22.

75) Tractat. de Servitutib. praedior. Tract. II. Cap. 26. nr. 1. pag. 421.

76) Pandect. Iustin. T. I. Lib. VIII. Tit. 1. Nr. XXXIV.

77) *L. 3. pr. D. de obligat. et act. L. 81. §. 1. D. de contrab. emt. vendit.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 12. und KIND Quaest. for. Tom. III. cap. 41.

78) S. CUJACIUS Lib. XXIV. Observat. cap. 22.

Daß es heut zu Tage noch manche andere Arten von servitutibus rusticis geben könne, leidet keinen Zweifel. Man denke sich z. B. das Recht, in eines andern Walde die Jagd, oder Mastung auszuüben. Bekannt sind ferner die Holzungsgerechtigkeiten[79]) u. a. m.

79) S. Hagemann's Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 152. u. 153. Ob das Beholzungsrecht auch das Rohrschneiden unter sich begreife, ist streitig. LEYSER in Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CVII. med. 8. behauptet es. Allein das Gegentheil hat *Mich. God.* WERNHER in Lectissim. Commentat. in Pandect. h. t. §. 10. pag. 355. sq. gezeigt.

Lib. VIII. Tit. IV.

Communia praediorum urbanorum et rusticorum.

§. 684.

Die servitutes urbanae und rusticae haben

1) gleiche Entstehungsarten; sie haben

2) die essentialia und naturalia servitutum praedialium mit einander gemein [80]); sie haben

3) gemeinschaftliche Klagen, und

4) gleiche modos amittendi.

Die beiden ersten Puncte sind in den vorigen Titeln bereits erlediget, die beiden letztern hingegen werden in dem 5. und 6. Titel erklärt werden.

80) VOET in Commentar. ad Pandect. h. t. hat dies alles recapitulirt, wer es nochmals zu wissen verlangt.

Lib. VIII. Tit. V.

Si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur.

§. 685.

Uebersicht der Klagen wegen der Real-Servituten.

Die Klagen und Rechtsmittel, von denen in diesem Titel der Pandecten gehandelt wird, beziehen sich blos auf die dinglichen Servituten [81]). Denn die wegen der persönlichen Dienstbarkeiten statt habenden sowohl petitorischen als possessorischen Klagen sind oben Lib. VII. Tit. 6. erklärt worden. Daher sagt Ulpian *L.* 1. *D. h. t.* Actiones de servitutibus rusticis, sive urbanis eorum sunt, quorum sunt praedia; und *L.* 2. *eod.* heißt es weiter: De servitutibus in rem actiones competunt nobis (*ad exemplum earum, quae ad usumfructum pertinent*) tam confessoria, quam negatoria. Um nun die hierher gehörigen Klagen deutlich übersehen zu können, sind folgende Fälle zu unterscheiden. Der Streit kann

I. die

81) S. WESTPHAL de lib. et servitut. praed. Sect. III. Cap. 32. et 33. *Ant.* FABRI Conjecturar. iuris civ. Lib. XX. Cap. 13. Schmidts pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 459. ff. und Ernst Gottf. Schmidts theor. pract. Commentar über dieses Lehrbuch 2. Bd. §. 459.

I. die Bestellung einer Dienstbarkeit betreffen. Hier findet nur eine persönliche Klage Statt. Diese kann entweder

1) eine *actio ex contractu* seyn, wenn mir Jemand mittelst eines Vertrags ein Servitutrecht zu constituiren versprochen hat, allein sein Versprechen durch eine Quasitradition zu vollziehen sich weigert. Z. B. actio emti. Diese Klage kann gegen den dritten Besitzer nicht angestellt werden, wenn der Promittent das Grundstück, worauf er mir eine Servitut versprochen hat, noch vor deren Bestellung veräußert haben sollte; sondern ich kann in einem solchen Falle blos gegen den Promittenten auf Leistung des Interesse klagen.

2) Die *actio personalis ex testamento*, wenn ich eine mir legirte Sache anders nicht gebrauchen kann, als wenn mir der Erbe eine Servitut constituirt, oder mir solche auf eines Andern Grundstück verschafft.

3) Eine *actio extraordinaria*, oder *imploratio officii iudicis*, wenn ein solcher Fall vorhanden ist, wo eine Servitut auch gegen den Willen des Eigenthümers durch die Sentenz des Richters constituirt werden kann [82]).

II. Der Streit betrifft eine schon vorhanden seyn sollende Dienstbarkeit, und dann wird entweder

A) bloß über den Besitz gestritten. Hier muß man sich eines Interdicts bedienen. Dergleichen possessorische Klagen sind theils

1) die

82) Man vergleiche des 9. Theils 1. Abth. §. 628.

1) die allgemeinen possessorischen Rechtsmittel, z. B. das *Interdictum uti possidetis utile* [83]). Ferner das Interdictum: *Quod vi aut clam* [84]). Aber nicht das Interdictum unde vi, weil eine eigentliche Dejection bey Servituten, als unkörperlichen Dingen, sich nicht denken läßt [85]).

2) Eigene für Realservituten gegebene Interdicte [86]). Dahin gehören

a) *Inter-*

83) Die Zulässigkeit dieses Interdicts bey Real-Dienstbarkeiten wollen zwar einige Rechtsgelehrten bezweifeln, als *Hub.* GIPHANIUS in Explanat. difficilior. et celebrior. Leg. Cod. Lib. VIII. Tit. 6. pag. 302. und *Io. Iac.* WISSENBACH in Exercitat. ad L. Libros Pand. P. II. Lib. XLIII. Disputat. XXIV. Th. 5. pag. 260. Allein das Interdictum *uti possidetis* kann nur dann nicht gebraucht werden, wenn für den Besitz dinglicher Servituten eigene Interdicte eingeführt sind. *L. 1. pr. D. Uti possidetis.* Daß ausserdem dieses Interdict sowohl bey affirmativen als negativen Dienstbarkeiten Statt findet, läßt sich keinesweges bezweifeln. Man sehe *L. 3. §. 6. D. Uti possid.* und *L. 8. §. 5. D. Si servit. vindic.* und vergleiche noch vorzüglich Fried. Carl von Savigny Recht des Besitzes. 5. Abschn. §. 46. S. 486. und 502. Ernst Ferd. Kleins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät. 3. Band. Nr. XII. S. 187. ff. und eines Ungenannten Versuche über den Quasi-Besitz. (Halle 1806) Nr. II. S. 47. ff., auch Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1219.

84) *L. 6. §. 1. D. h. t.* GIPHANIUS c. l. pag. 302.

85) *L. 4. §. 27. D. de Usurpat. et Usucap.* S. von Savigny Recht des Besitzes 5. Abschn. §. 46. S. 486.

86) *L. 20. D. de Servit.* WESTPHAL de Servitutib. praedior. Sect. III. cap. 34. und von Savigny Recht des Besitzes §. 46. S. 488. ff.

a) *Interdictum de itinere actuque privato* [87]). Hiermit ſteht das *Interdictum de itinere actuque privato reficiendo* in Verbindung [88]).

b) Interdictum *de aquaeductu*, wovon die Interdicta *de aqua quotidiana et aeſtiva* [89]), desgleichen *de reficiendis rivis* [90]) wieder Untergattungen ſind.

c) Interdictum *de fonte*, wegen das aquaehauſtus und pecoris ad aquam appulſus [91]). Hiermit ſteht das Interdictum *de fonte reficiendo* [92]) in Verbindung:

d) Interdictum *de cloacis* [93]).

Die erſte Bedingung bey allen dieſen Interdicten iſt Beſitz der Servitut, worüber geſtritten wird. Auf das Recht ſelbſt kommt es hier gar nicht an. Nur das Factum des Beſitzes muß beſcheiniget werden.

L. 1. §. 2. *D. de itin. actuq. priv.* Hoc interdicto Praetor non inquirit, *utrum habuit iure ſervitutem impoſitam*, *an non.* Sed hoc tantum, an itinere actuque hoc anno uſus ſit non vi, non clam, non precario.

L. 1. § 10. *D. de aqua quotid.* Sed etſi *iure aqua non debetur alicui*, ſi tamen iure ducere ſe putavit: cum non

87) *L. 1. D. de itinere actuque priv.*

88) *L. 3. §. 11. 13. et 14. D. de itin. actuq. priv.*

89) *L. 1. pr. D. de aqua quotid.*

90) *L. 1. pr. D. de rivis.*

91) *L. un. pr. et §. 1. D. de fonte.*

92) *L. un. §. 6. 8. 9. et 10. D. de fonte.*

93) *L. 1. pr. et §. 1. et 5. D. de Cloacis.*

non in iure, ſed in facto erravit, dicendum eſt, eoque iure utimur, ut interdicto hoc uti poſſit. Sufficit enim, *ſi iure ſe ducere putavit*, nec vi, nec clam, nec precario duxit.

L. 1. §. 9. *D. de rivis.* Hoc interdictum competit etiam ei, *qui ius aquae ducendae non habet*, ſi modo aut priore aeſtate, aut eodem anno aquam duxerit, cum ſufficiat, non vi, non clam, non precario duxiſſe.

L. 2. §. 3. *D. h. t.* Pomponius dicit, fructuarium *interdicto de itinere* uti poſſe, ſi hoc anno uſus eſt: alibi enim *de iure*, id eſt, in confeſſoria actione, alibi *de facto*, ut in hoc *interdicto*, quaeritur.

Eine Ausnahme hiervon macht jedoch das Interdictum *de itinere actuque privato reficiendo.* Bey dieſem muß der Kläger, außer dem Beſitz der Servitut, auch noch das Recht derſelben beweiſen.

L. 3. § 13. *D. de itin. actuq. priv.* Hoc autem a ſuperiore diſtat, quod illo quidem interdicto omnes uti poſſunt, qui hoc anno uſi ſunt: hoc autem interdicto eum demum uti poſſe, qui hoc anno uſus eſt, *et ius ſibi eſſe reficiendi, doceat*[94]). Ius autem eſſe videtur ei, cui ſervitus debetur. Itaque qui hoc interdicto utitur, duas res debet docere, et *hoc anno ſe uſum*, et *ei ſervitutem competere.* Caeterum, ſi deſiit alterutrum, deficit Interdictum: nec immerito. Qui enim

 vult

94) Die Florentine hat *oporteat.* Die Vulgata hingegen lieſet richtiger *doceat.* WESTPHAL §. 1025. bemerkt jedoch, daß auch das *oporteat* einen richtigen Sinn gebe, nur müſſe man ſtatt et: *ut* leſen.

vult ire agere tantisper, quoad de servitute constet, non debet de iure suo docere. Quid enim perdit, qui eum patitur hoc facere, qui hoc anno fecit? Enimvero qui vult reficere, aliquid novi facit: neque debet ei in alieno permitti id moliri, *nisi vere habet servitutem* [95]).

Bey dem *Interdicto de rivis reficiendis* hingegen ist es bey der Regel geblieben. Hier kommt es auf das Recht der Servitut nicht an, sondern allein auf den Besitz.

L. 4. *D. de rivis.* De rivis reficiendis ita interdicetur, *ut non quaeratur, an aquam ducere actori liceat?* non enim tam necessariam refectionem itinerum, quam rivorum esse: quando, non refectis rivis, omnis usus aquae auferretur, et homines siti necarentur. Et sane aqua pervenire, nisi refecto rivo, non potest: at non refecto itinere, difficultas tantum eundi agendique fieret, quae temporibus aestivis levior esset.

Es

95) Von diesem Interdict ist auch die *L.* 2. §. 2. *D. de Interdict.* zu verstehen, wenn es daselbst heißt: Quaedam interdicta *rei persecutionem continent*, veluti *de itinere actuque privato* (sc. reficiendo). Nam *proprietatis causam* continet hoc interdictum. Das Recht der Servitut ist also hier nicht blos Bedingung, sondern zugleich Gegenstand dieses Interdicts, so daß der Kläger durch dasselbe nicht nur gegen alle Stöhrung bey der Ausbesserung des Weges geschützt wird, sondern daß ihm auch, wie durch die actio confessoria, das Recht der Servitut selbst zugesprochen werden muß, wenn er seinen Beweis führt. Es ist also dieses Interdict wirklich nichts anders, als eine summarische actio confessoria. S. von Savigny Recht des Besitzes §. 46. S. 494.

Es ist jedoch bey den meisten dieser possessorischen Interdicte Ausübung der Servitut allein nicht einmal hinreichend, sondern die Gesetze haben überdem ein bestimmtes Maas derselben als Bedingung vorgeschrieben. Wer nämlich das Interdictum *de itinere actuque privato* gebrauchen will, muß in dem verflossenen Jahre (von Zeit der angestellten Klage an, zurückgerechnet) wenigstens 30 Tage hindurch die Servitut ausgeübt haben[96]). Auch bey dem Interdicto *de aqua quotidiana vel aestiva* ist es Bedingung, daß die Servitut in dem letztverflossenen Jahre, oder wenn die Wasserleitung nur im Sommer gebraucht wird, in dem vorjährigen Sommer, und also wenigstens in den letztern anderthalb Jahren ausgeübt worden sey[97]). Eben so kommt es bey den beyden Interdicten *de fonte* auf die Ausübung des iuris aquae hauriendae in dem letztern Jahre an[98]).

Bey negativen Servituten ist der Besitz des Klägers daraus zu beurtheilen, ob zur Zeit des angestellten Interdicts noch nichts geschehen ist, was der Servitut entgegen streitet. Das bloße Nichtthun von Seiten des Eigenthümers des dienenden Grundstücks ist hier zum Besitz der Servitut hinreichend[99]).

L. 6. §. 1. *D. Si servit. vind.* Sciendum tamen, in his servitutibus *possessorem* esse eum (al. *eundem*) iuris et petitorem, et *si forte non habeam aedificatum altius in*

 meo,

96) *L.* 1. §. 2. *et* 3. *D. de itinere actuq. privato.*

97) *L.* 1. §. 20. 22. 29. 30. 31 *et* 34. *D. de aqua quotid.*

98) *L. un. princ. et* §. 6. *D. de fonte.*

99) S. von Savigny a. a. O. S. 500.

meo, adversarius meus possessor est. Nam, *cum nihil sit innovatum, ille possidet*, et aedificantem me prohibere potest, et *civili actione*, (sc. actione confessoria) et interdicto, *quod vi aut clam.* Idem et si lapilli iactu impedierit. *Sed et si, patiente eo, aedificavero, ego possessor ero effectus.*

Es ist hier von dem Falle die Rede, da ich die Servitus altius non tollendi gegen das Haus meines Nachbars behaupte. So lang dieser noch nicht höher gebauet hat, bin ich in dem Besitz der Servitut. Allein da sich mein Besitz auf das bloße Nichthandeln gründet, so wird derselbe durch das entgegengesetzte Handeln natürlich aufgehoben. Habe ich also gelitten, daß mein Nachbar höher gebauet hat, so ist hierdurch mein Nachbar wieder in den Besitz der natürlichen Freyheit gekommen, und mein Besitz der Servitut nothwendig ausgeschlossen.*)

Bey positiven oder affirmativen Servituten hingegen, welche mit dem Besitz des dienstbaren Grundstücks in unmittelbarer Verbindung stehen, hängt der Besitzstand der Servitut davon ab, ob diejenige Anstalt schon vorhanden ist, durch deren Daseyn das Recht der Servitut wirklich ausgeübt wird. Z. B. bey der Servitus tigni immittendi, ob die immissio zur Zeit des angestellten Interdicts schon wirklich Statt findet [100]).

L. 8 §. 3. *D. eodem.* Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat? sciendum est, *possessoris* partes sustinere, *si quidem tigna immissa sunt*, eum,

*) S. BRUNNEMANNI Commentar. ad Pand. h. L.

100) *L.* 20. *pr. D. de Servit. praed. urb.* von Savigny a. a. O. S. 498.

eum, *qui servitutem sibi deberi ait:* si vero non sunt immissa, eum, qui negat.

Ist endlich von solchen affirmativen Realservituten die Rede, deren Ausübung in einer eigenen, unabhängigen Handlung besteht, so ist der zur Begründung eines Interdicts erforderliche Besitz nur dann anzunehmen, wenn nicht nur dasjenige wirklich geschehen ist, was den Gegenstand der Servitut ausmacht, sondern auch als ein Recht ist ausgeübt worden, es mag von dem Kläger selbst, oder von andern Personen in seinem Namen geschehen seyn [1]).

Haben die Gesetze zur Ausübung der Servitut einen gewissen Zeitraum als Bedingung des Interdicts vorgeschrieben, so findet auch *accessio possessionis* Statt, das heißt, der Besitz des Erblassers, oder Verkäufers kommt auch dem Erben und Käufer zu statten, so wie der Besitz, der gegen den Erblasser oder Verkäufer ist ausgeübt worden, auch gegen den Erben und Käufer nützt [2]). Es ist daher z. B. bey dem Interdicto *de itinere actuque privato* ganz gleichgültig, ob der Kläger selbst, oder sein auctor, oder beyde zugleich das Recht an 30 Tagen des letzten Jahrs ausgeübt haben [3]).

1) *L. 1. §. 7. et 8. L. 3. §. 4. et 7. D. de itinere.* WESTPHAL §. 1004. von Savigny S. 488.

2) *L. 1. §. 37. D. de aqua quotid. L. 6. D. de itin. actuque privat. L. 3. pr. D. eod.* WESTPHAL §. 1007. et 1008.

3) *L. 3. §. 6. 9. et 10 D. de itinere.* von Savigny Recht des Besitzes §. 46. S. 489.

Eine zweyte Bedingung bey diesen Interdicten ist gewaltsame Stöhrung des Besitzes. Von wem diese Stöhrung herrührt, ist gleichgültig. Sie mag also durch die Handlung des Eigenthümers des dienstbaren Guts, oder eines Dritten geschehen seyn [4]).

Das Gesuch des Klägers wird zunächst darauf gerichtet, daß dem Beklagten die Stöhrung untersagt, und dann auch, daß derselbe zum vollständigen Ersatz des dadurch zugefügten Schadens verurtheilt werde [5]).

Wird jedoch wegen Ausbesserung des zur Ausübung der Servitut erforderlichen Gegenstandes ein Interdict gebraucht, so fordert der Kläger in diesem Interdict, daß ihn der Eigenthümer nicht hindere, die nöthige Ausbesserung vorzunehmen; und hier ist das Besondere, daß der Kläger wegen des Schadens, der durch die Arbeit etwa zugefügt werden könnte, Caution leisten muß [6]).

Alle diese possessorischen Interdicte haben nun zwar das mit einander gemein, daß bey denselben ein summarisches Verfahren Statt findet, und der Kläger, welcher den Besitz verfolgt, nicht schuldig ist, sich auf Vertheidigungsgründe seines Gegners einzulassen, welche das Recht betreffen [7]). Daher sind die Interdictsklagen, wenn

4) *L. 3. §. 5. D. de itinere. L. 1. §. 25. D. de aqua quotid.*

5) von Savigny a. a. O. S. 489. u. S. 496.

6) *L. 3. §. 11. L. 5. §. 4. D. de itinere. L. 3. §. 9. D. de rivis.*

7) *L. un. C. Uti possidet.* S. Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses 4. Bd. Nr. LXXXI. §. 3. und §. 4.

wenn man den dabey vorausgesetzten Thatumstand für sich hat, vortheilhafter, als die petitorischen. Allein nach dem Römischen Rechte ist jeder Streit über Besitz, auch als Factum betrachtet, immer mit einer Untersuchung über die Rechtmäßigkeit desselben verbunden [8]). Denn es erfordert zur Begründung eines Interdicts in Beziehung auf den Gegner schlechterdings, daß der Besitz fehlerfrey sey [9]). Es giebt aber heut zu Tage noch ein vortheilhafteres Rechtsmittel, dessen man sich auch bey Servituten bedienen kann, um besonders alle Gewaltthätigkeiten abzuwenden, welche von Seiten des Gegners zu besorgen sind. Ich meine das *possessorium summarium*, zu dessen Begründung schon die jüngste ruhige, d. i. unwidersprochene Besitzhandlung genügt [10]). Zwar wollen auch hier einige Rechtsgelehrten [11]) noch den Ablauf derjenigen Zeit erfordern, welcher in dem Röm. Rechte bey einigen Interdicten vorgeschrieben ist. Allein daß dies dem Zweck dieses Rechtsmittels eben so wenig, als der Praxis gemäß sey, ist schon von andern gezeigt worden [12]).

B) Es

8) *L. 1. §. 5. D. Uti possid.*

9) *L. 1. §. 9. D. eodem.*

10) Gönner a. a. O. §. 10. S. 424. ff. von Savigny 6. Abschn. §. 51.

11) de BERGER Supplem. ad Electa Disceptat. for. Tom. II. Tit. 5. Observ. 18. pag. 145. HOMMEL Diss. de processu possessor. summar. Quaest. 5. u. a. m.

12) WERNHER select. observat. for. Tom. I. P. I. Observ. 114. Tom. II. P. VI. Obs. 327. und Ernst Fried. Pfotenhauer in der Abhandlung über das gerichtliche Verfahren in Sachen, welche den neuesten Besitz betreffen. (Leipzig 1797. 8.) §. 9.

B) Es wird blos über den Nachtheil gestritten, welcher mir aus einem neuen Werke, das mein Nachbar unbefugter Weise auf einer unbeweglichen Sache, z. B. durch Bauen, Aendern, oder Niederreißen, unternommen hat, entweder für die Freyheit meines Eigenthums, oder für das mir auf der Sache zustehende Recht der Servitut erwächst. Hier kann ich mich, zur Erhaltung meines Rechts, der *operis novi nunciatio* [13]) bedienen, so lang das unternommene Werk noch nicht vollendet ist, und hierdurch die Fortsetzung desselben hindern [14]). *Nunciatio* fit, sagt Ulpian *L.* 1. §. 16. *D. de operis novi nunciat* aut iuris nostri conservandi causa, aut damni depellendi, aut publici iuris tuendi gratia; und *L.* 5. §. 9. *D. eodem.* sagt eben dieser Röm. Jurist:

Triplicem esse causam *operis novi nunciationis*: aut naturalem, aut publicam, aut impositiam. *Naturalem*, cum in nostras aedes quid immittitur, aut

13) S. vorzüglich *Franc.* DUARENI Tractat. method. de operis novi nunciatione. Desgleichen *Eiusdem* in Tit. Pandectar. de operis novi nunciatione Praelectiones. (In EIUS *Operib. Francof. 1592.* f.) pag. 583. — 602. WESTPHAL de libert. et servitut. praedior. Cap. XIII. *Domin. Mart.* BRENTANO Diss. de novi operis nunciatione. *Goettingae 1794.* 8. und *Ferd.* KAEMMERER Dissertat. inaug. de operis novi nunciatione. *Heidelbergae 1807.* 8.

14) Ist das zu unserm Nachtheil unternommene Werk bereits ganz vollendet, so findet keine operis novi nunciatio weiter Statt, sondern man muß entweder das Interdictum: *Quod vi aut clam* anstellen, oder petitorisch klagen. *L. 1. §. 1. D. de novi operis nunciat.*

aut aedificatur in nostro *Publicam* causam, quoties Leges, aut Senatusconsulta, Constitutionesque principum per operis novi nunciationem tuemur. *Imposititiciam*, cum quis, posteaquam ius suum deminuit, alterius auxit, hoc est, posteaquam servitutem aedibus suis imposuit, contra servitutem fecit.

Von dem Gebrauche der operis novi nunciatio bey Real-Servituten [15]) handeln namentlich folgende Stellen. *L. un.*

15) Bey den persönlichen Dienstbarkeiten ist der Gebrauch dieses Rechtsmittels sehr beschränkt. Der Usufructuar kann sich gegen den Proprietar der Nunciation auf keine Weise bedienen, sondern muß gegen ihn bloß sein Nutzungsrecht mit der actio confessoria verfolgen. Dem Nachbar hingegen, welcher ihm durch Unternehmung eines neuen Werks in seinem Rechte Eintrag thut, kann er anders nicht, als im Namen des Eigenthümers, und als dessen Procurator, novum opus nunciiren. *L. 1. §. 20. D. de oper. novi nunciat. L. 2. D. eodem.* Viele Rechtsgelehrten sind zwar anderer Meinung, und wollen dem Nutznießer ein unbedingtes Nunciationsrecht einräumen, als STRUV in Synt. iur. civ. Exerc. XXXIX. Th. 4. ibique MÜLLER ad *Eundem*. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. Lib. XXXIX. Tit. 1. §. 20. HOFACKER Princ. iur. civ. Tom. III. §. 4095. WALCH Controv. iur. civ. Sect. IV. Cap. 1. §. 9. Allein diese Meinung ist ausführlich widerlegt in *Ferd.* KAEMMERER Diss. de operis novi nunciatione §. 8. Die *L. un. §. 4. D. de remiss.* worin blos Julians Meinung angeführt wird, kann gegen die angeführten deutlichern, und bestimmter sprechenden Gesetzstellen, in keine Betrachtung kommen, sondern muß, wenn man nicht annehmen will, daß Julian hierin von den übrigen Röm. Rechtsgelehrten abgewichen sey, in Gemäßheit jener Gesetzstellen erklärt werden. S. *M. Aurel.* GALVANUS de Usufructu Cap. 37. §. VIII. pag. 543. edit. *Tübing.*

L. un. §. 3. *D. de remiſſionib.* Ius habet opus novum nunciandi, qui aut dominium, aut *ſervitutem* habet.

L. 15. *D. de Servitut. praed. urb.* Inter ſervitutes, ne luminibus officiatur, et ne proſpectui offendatur, aliud et aliud obſervatur: quod in proſpectu plus quis habet, ne quid ei officiatur ad gratiorem proſpectum, et liberum; in luminibus autem non officere, ne lumina cuiusquam obscuriora fiant. Quodcunque igitur faciat ad luminis impedimentum, prohiberi poteſt, ſi ſervitus debeatur, *opusque ei novum nunciari poteſt*, ſi modo ſic faciat, ut lumini noceat.

L. 6. §. *fin. D. Si ſervit. vindicet.* Parietem autem meliorem quidem, quam in ſervitute impoſitum eſt, facere licet; deteriorem ſi facit, aut per hanc actionem, (ſc. confeſſoriam) aut *per operis novi nunciationem* prohibetur.

L. 8. *pr. D. de oper. novi nunciat.* Non ſolum proximo vicino, ſed etiam ſuperiori opus facienti *nunciare opus novum potero*: nam et ſervitutes quaedam intervenientibus mediis locis, vel publicis vel privatis eſſe poſſunt.

Nur eine Stelle macht Schwierigkeiten, welche den angeführten entgegen zu ſeyn ſcheint.

L. 14. *D. eod.* wo Julian ſagt: Qui viam habet, *ſi opus novum nunciaverit* adverſus eum, qui in via aedificat, *nihil agit*, ſed ſervitutem vindicare non prohibetur.

Viele

Viele Rechtsgelehrten [16]) sind dadurch veranlaßt worden, zwischen servitutes urbanae und rusticae zu unterscheiden, und das Rechtsmittel der Nunciation blos auf jene zu beschränken, bey den letztern hingegen gänzlich auszuschließen. Allein dieser Unterschied ist offenbar ungegründet, wie schon **Claproth** [17]) gezeigt hat. **Ulpian** sagt ganz allgemein *L.* 1. §. 14. *D. de oper. novi nunciat.* Sive intra oppida, sive extra oppida *in villis vel agris* opus novum fiat, nunciatio ex hoc Edicto locum habet. Man unterscheide vielmehr mit **Anton Faber** [18]).

I. Ob ein Nachbar, der nicht Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks ist, auf demselben ein Werk unternimmt, welches dem Rechte der Dienstbarkeit nachtheilig ist, es geschehe mit oder ohne Wissen und Willen des Eigenthümers. Daß gegen einen solchen Extraneus die Nunciation Statt habe, leidet keinen Zweifel. Denn hier ist es offenbar, daß er kein Recht habe, zum Nachtheil der Servitut auf dem dienstbaren Grundstück etwas zu unternehmen *).

II. Ob der Eigenthümer des dienstbaren Guts selbst etwas unternimmt, was der Servitut nachtheilig ist. Hier ist wieder zu unterscheiden.

1) Das

16) *Franc.* DUARENUS Disputat. anniversar. Lib. II. cap. 17. (*Operum* pag. 1067. sq.) *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XV. cap. 45. *Iul.* PACIUS Ἐναντιοφαν. s. Legg. Conciliatar. centur. III. Quaest. 57. *Io.* STRAUCH Dissertation. ad univ. ius Iustinian. Diss. XXIII. §. 4. pag. 361. u. a. m.

17) Einl. in sämtliche summar. Prozesse. §. 257.

18) Conjecturar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 5.

*) S. *M.* LYCKLAMA *a* NYHOLT Membran. Lib. III. Eccl. 11.

1) Das unternommene neue Werk streitet direct gegen die Natur der constituirten Dienstbarkeit, so daß dadurch die ganze Servitut aufgehoben wird. Z. B. der Eigenthümer handelt durch einen unternommenen Bau der Servitus altius non tollendi oder luminibus non officiendi geradezu entgegen. Auch hier ist das Verbietungsrecht desjenigen, der zu der Servitut berechtiget ist, ausser Zweifel, und er hat die Wahl, ob er sein Recht mit der actio confessoria verfolgen, oder mittelst der operis novi nunciatio gegen den besorglichen Nachtheil schützen will, die Servitus mag eine urbana oder rustica seyn [19]). Z. B. der Eigenthümer will die Wiese, auf welcher mir die Hut- und Weidegerechtigkeit zusteht, in einen Acker oder Garten umschaffen, oder sie umzäunen, oder Teiche darauf anlegen. Hier findet die operis novi nunciatio ohne Bedenken Statt.

2) Das von dem Eigenthümer unternommene neue Werk ist nicht direct der constituirten Servitut entgegen, es wird also dadurch die Ausübung der Servitut nicht schlechterdings, sondern nur *per indirectum* gehindert; z. B. der Eigenthümer unternimmt an dem Orte, wo mir vermöge der Servitut auf seinem Grundstück ein Weg zum Gehen oder Fahren zusteht, einen Bau. Von diesem Falle redet Julian *L.* 14. *D. de operis novi nunciat.*

19) *L.* 15. *D. de servit. praed. urb. L.* 6. §. 7. *D. Si servit. vindic. L. un.* §. 3. *D. de remission.* VOET Comment. ad Pand. Lib. VIII. Tit. IV. §. 12. und KAEMMERER cit. Diss. §. 12. pag. 122. seqq.

-ciat [20]). Nur hier fällt die operis novi nunciatio weg, und ich kann gegen den Eigenthümer bloß die Servitut vindiciren. Die Nunciation würde hier, wie Julian sagt, ohne allen Effect seyn. Denn man kann dem Eigenthümer nicht alles Bauen in seinem Eigenthum untersagen, sofern dadurch die Ausübung der Servitut nicht schlechterdings gehindert wird, und die constituirte Servitut nicht gerade darauf geht, daß er nicht bauen soll. Wenn mir nun bloß die servitus viae zusteht, so kann ja der Weg, da das ganze Grundstück dienstbar [21]) ist, auch eben so leicht an einem andern Orte angewiesen werden [22]). Ganz hierauf passend sagt Ulpian [23]) in einem ähnlichen Falle: Locum, qui servit, nemo religiosum facit, nisi consentiat is, cui servitus deberetur. *Sed si non minus commode per alium locum servitute uti potest, non videtur servitutis impediendae causa id fieri:* et ideo religiosus fit, et sane habet rationem. Ein Anders wäre freylich zu behaupten, wenn sich der unternommene Bau dergestalt über das ganze dienstbare Grundstück verbreiten sollte, daß dadurch die Ausübung der Dienstbarkeit völlig aufgehoben würde [24]). Was von der via gilt, muß unter gleichen

20) Es ist offenbar unrichtig, wenn LYCKLAMA Lib. III. Membranar. Exc. II. vermöge dieser Stelle alle Nunciation gegen den Eigenthümer des dienstbaren Gutes schlechterdings für unzulässig halten will.

21) *L. 9. D. de servitut. L. 13. §. 1. D. de servitut. praed. rustic. L. 21. D. eod.*

22) S. VOET c. l. §. 12.

23) *L. 2. §. 8. D. de religios.*

24) S. KAEMMERER Diss. cit §. 12. pag. 125.

gleichen Umständen und aus gleichem Grunde auch bey der Servitus itineris, actus, aquaeductus, stillicidii, u. s. w. gelten, wie Cujaz [25]) mit Recht behauptet, den deshalb Constantinäus [26]) ohne allen Grund getadelt hat. In einer Stelle des Paulus, *L.* 9. *D. h. t* heißt es ausdrücklich: Si eo loco, per quem *iter* (*via* [27]) mihi debetur, tu aedificaveris: possum intendere, ius mihi esse ire agere. (Das heißt, ich muß die Servitut gegen den Herrn des dienenden Guts vindiciren, und die confessorische Klage anstellen). Quodsi probavero, inhibebo opus tuum. (Nicht durch eine operis novi nunciatio, von welcher hier keine Rede seyn kann [28]), sondern durch den Prätor, welcher nun ein interdictum prohibitorium oder demolitorium gegen den aedificantem erlassen konnte, wenn ich mein Recht erwiesen hatte) [29]). Item *Iulianus* scripsit: si vicinus, in suo aedificando effecerit, ne stillicidium meum reciperet, posse me agere de iure meo, id est, ius esse immittendi stillicidium, sicut in via diximus.

Dieses Rechtsmittel hat übrigens das Eigene, daß es die Mitwirkung des Richters nicht erfordert. Ulpian bemerkt dies ausdrücklich, wenn er *L.* 1. §. 2. *D. de oper. novi nunciat.* sagt: Nunciatio ex hoc Edicto *non habet necessa-*

25) Observation. Lib. I. cap. 17.

26) Subtil. Enodation. Lib. II. cap. 18. §. 2. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 588. sq.).

27) Siehe oben S. 59. Not. 35.

28) Siehe Not. 36. S. 59.

29) Man vergleiche KAEMMERER Diss. cit. §. 12. pag. 127.

necessariam Praetoris additionem: potest enim nunciare quis, *etsi eum non adierit*; und zwar kann man die Vollführung des von dem Gegner unternommenen nachtheiligen Werks außergerichtlich nicht nur durch eine in Gegenwart des Werks eingelegte Protestation hindern, welches im eigentlichen Sinn *operis novi nunciatio* genennt wird [30]); sondern auch durch Thätlichkeiten, indem man die Arbeiter vertreibt, und das neue Werk auf frischer That zerstört [31]). Bey den Römern war auch das symbolische Zeichen des Hinwerfens eines Steins gegen das Werk (iactus lapilli) üblich [32]. Eine solche *nunciatio realis* ist jedoch anders nicht, als zur Vertheidigung des Besitzes, in einem

30) *L. 3. §. 1. et 2. D. de oper. novi nunciat. L. 5. §. 2. et §. 10. D. eod. Ern. Frid.* SCHROEDER Diss. de operis novi nunciatione verbali. *Ienae 1664.* und PÜTTMANN Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 20. Bey den Römern geschahe diese Nunciation mit der Formel: *Denuncio tibi, ne quid in illo loco novi operis, me invito, facias.* CUJACIUS in Paratitl. ad Dig. Tit. de op. novi nunciat. Heut zu Tage geschieht sie gewöhnlich vor einem Notar und Zeugen. S. Claproths Einleit. in sämmtl. summarische Prozesse. §. 256.

31) *L. 20. §. 1. D. Quod vi aut clam.* Prohibitus autem intelligitur, quolibet prohibentis actu: id est, vel dicentis se prohibere, vel *manum opponentis, lapillumve iactantis,* prohibendi gratia. *L. 5. §. 10. D. de operis novi nunciat. L. 27. pr. D. de servitut. praed. urb. L. 29. §. 1. D. ad leg. Aquil.* S. KAEMMERER cit. Diss. Cap. I. §. 4. et 5.

32) *L. 6. §. 1. D. h. t. L. 5. §. 10. D. de oper. novi nunciat. L. 1. §. 6. D. Quod vi aut clam. Ev.* OTTONIS de Iurisprud. symbolica Exercit. II. cap. 9. u. *Iul. Ge. Paul du* ROI lib. sing. de iactu lapilli. *Helmst. 1782.* 8.

einem solchen Falle erlaubt, da der Gegner das neue Werk auf unserm Eigenthume unternimmt; nie aber wenn er in seinem Eigenthume blos zu unserm Nachtheil handelt[33]). Statt der außergerichtlichen Verbal-Nunciation, wodurch man ohnehin seinen Gegner als Besitzer anerkennt[34]), ist es jedoch immer rathsamer, das Verbot durch den Richter einlegen zu lassen, mittelst Anstellung des darauf abzweckenden *Interdicti de novi operis nunciatione*[35]), wobey das Prozeßverfahren ebenfalls summarisch ist[36]). Der Nunciant muß jedoch auf jeden Fall, wenn die Sache an den Richter gebracht wird, vorläufig den Eid für Gefährde (iuramentum calumniae) schwören[37]), und dann sein Interesse weiter ausführen[38]). Die rechtliche Wir-

33) *L. 5. §. 10. D. de oper. novi nunciat.* Meminisse autem oportebit, quoties quis *in noſtro* aedificare, vel *in noſtrum* immittere, vel proiicere vult: melius esse, eum per Praetorem, vel *per manum* (id est, lapilli iactum) prohibere, quam *novi operis nunciatione* (sc. verbali). Caeterum, operis novi nunciatione possessorem eum faciemus, cui nunciaverimus. Aut si *in suo quid faciat*, quod nobis noceat, tunc operis novi denunciatio erit necessaria. Add. *L. 29. §. 1. D. ad Leg. Aquil.* WESTPHAL de lib. et servitut. praed. §. 323. Beyspiele sind oben §. 668. Not. 73. vorgekommen.

34) *L. 1. §. 6. L. 5. §. 10. D. de op. novi nunciat.* KAEMMERER cit. Diss. Cap. III. §. 3. pag. 199.

35) S. Schmidts Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden. §. 180. ff. und Claproths Einleit. in die sämmtl. summar. Prozesse §. 257. ff.

36) KAEMMERER cit. Diss. Cap. III. §. 5.

37) *L. 5. §. 14. D. de op. novi nunc.*

38) *L. 15. D. eod.* KAEMMERER cit. Diss. Cap. III. §. 5. pag. 205. und *Gust. Henr.* MYLII Diss. usum doctrinae de novi operis nunciatione in foris Germ. fist. *Lipsiae 1741.*

Wirkung der Nunciation, sie sey gerichtlich oder außergerichtlich geschehen, ist immer die nämliche, daß der Nunciat von der Vollendung des Werks abstehen muß, bis sich's finden wird, daß er so zu bauen befugt sey [39]). Kehrt sich derselbe nicht an das Verbot, sondern setzt den Bau dennoch fort, so findet gegen ihn ein *interdictum demolitorium* Statt, welches ihn unbedingt zur Wegräumung des Werks auf eigne Kosten verpflichtet [40]).

C) Es wird über das Recht der Servitut selbst gestritten. Hier sind wieder, um die deshalb anzustellenden petitorischen Klagen zu bestimmen, folgende Fälle zu unterscheiden.

I. Der Kläger behauptet, daß dem Grundstück, welches er besitzt, die Servitut auf des Beklagten Grundstücke zustehe; und dann ist er entweder

1) erweislicher Eigenthümer des berechtigten Grundstücks. Hier klagt er

a) wenn die Servitut nach dem Civilrechte gültig constituirt ist, *actione confessoria directa* [41]).

b) Wenn sie hingegen blos nach dem prätorischen Rechte gilt; z. B. die Servitut ist von einem Nicht-

39) *L. 1. pr. L. 5. §. 4. L. 8. §. 4. L. 20. §. 1. D. de oper. novi nunciat.*

40) *L. 1. §. 7. L. 5. §. 10. L. 20. §. 1. L. 21. §. 1. D. eodem.*

41) *L. 2. §. 1. D. h. t.* Haec autem in rem *actio confessoria* nulli alii, quam *domino fundi*, competit: servitutem enim nemo vindicare potest, quam is, qui dominium in fundo habet, cui servitutem dicit deberi. S. VOET h. t. §. 1. und WESTPHAL §. 970.

eigenthümer constituirt worden, welchen der Kläger bona fide für den Eigenthümer hielt, er hat sie aber noch nicht so lange ausgeübt, daß er sie hätte durch Verjährung erwerben können. Hier hat die *actio Publiciana* [42]) Statt, wenn der Beklagte ein schwächeres Recht an dem dienstbaren Gute hat, z. B. er hat es von demselben Nichteigenthümer erhalten, der die Servitut darauf constituirt hatte, oder dasselbe ohne allen Rechtsgrund in Besitz genommen [43]). Ja es kann diese Klage sogar gegen den Eigenthümer selbst angestellt werden, wenn von ihm die Bestellung der Dienstbarkeit auf eine solche Art geschehen ist, daß sie zwar nach dem strengen Civilrechte nicht gilt, allein vom Prätor der Billigkeit wegen geschützt wird [44]).

2) Der Kläger, welcher das Recht der Servitut verfolgt, ist nicht Eigenthümer; und dann ist er entweder

a) bonae fidei possessor. Hier klagt er *actione Publiciana* gegen denjenigen, welcher ihn in der Ausübung der Servitut hindert [45]). Oder

b) ein

42) *L. 11. §. 1. D. de Public. in rem act.* Siehe des 8. Theils 2. Abth. §. 593. S. 319. ff.

43) STRYCK Us. mod. Pandectar. Lib. VI. Tit. 2. §. 6. in fin. und Westphal im System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz ꝛc. §. 986.

44) *L. 11. §. 1. D. de public. in rem act.* Beyspiele kommen vor *L. 4. pr. D. de servitut.* et *L. 2. D. Commun. praedior.* VOET h. t. §. 1. und des Ungenannten Versuche über den Quasi-Besitz (Halle 1806.) Nr. VI. S. 108. Not. *).

45) *L. 18. D. de pignor.* STRYK loc. cit.

b) ein anderer Dinglichberechtigter, dem an der Erhaltung der Servitut gelegen ist, z. B. der Pfandgläubiger, oder Superficiar. Hier findet die *actio confessoria utilis*[46]) Statt. Der Usufructuar eines Grundstücks kann wegen der demselben zustehenden Servitut gegen den Proprietar selbst nicht anders klagen, als wenn er sein Nutznießungsrecht selbst verfolgt[47]). Er muß hier die Stöhrung der Servitut als eine Beeinträchtigung seines Ususfructus darstellen[48]). Wenn ihn hingegen ein Dritter an der Ausübung der Servitut hindert, so kann er, wenn er den Nießbrauch selbst nicht direct vindiciren will, wegen der auf der nutznießlichen Sache ruhenden Servitut, zwar im Namen des Proprietars, als dessen Procurator, aber nicht im eigenen Namen klagen[49]).

II. Der Kläger läugnet, daß dem Beklagten die sich angemaßte Servitut zustehe. Hier ist die *actio negatoria* anzustellen[50]). Mittelst derselben verfolgt nun entweder

46) *L. 16. D. de servitut.* Ei, qui pignori fundum accepit, non est iniquum, *utilem petitionem servitutis* dari. *L. 9. D. de oper. novi nunciat. L. un. §. ult. D. de remiss.*

47) *L. 1. princ. L. 5. §. 1. D. Si usufr. petat.* S. des 9. Theils 1. Abth. §. 626. S. 85. ff.

48) S. CARRACH Adnotat. ad *Boehmeri* doctr. de actionibus. Sect. II. cap. II. §. 37. pag. 144.

49) *L. 1. §. 20. et L. 2. D. de operis novi nunciat.* verglichen mit *L. un. §. 4. D. de remission.* S. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 1. und besonders BOEHMERI Doctr. de actionibus Sect. II. cap. 2. §. 37. Jedoch behauptet LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 5. daß ein Usufructuar wegen der dem nutznießlichen Grundstück zustehenden Servituten gegen einen Dritten, der nicht der Proprietar ist, auch in eigenem Namen actione confessoria utili klagen könne.

50) *L. 2. pr. D. h. t.*

a) der Eigenthümer die Freyheit seines Grundstücks. — *actio negatoria directa*; oder

b) ein anderer Dinglichberechtigter stellt diese Klage an; z. B. der Pfandgläubiger, Superficiar. — *actio negatoria utilis* [51]).

Es ist nun jetzt noch von der *actio confessoria* und *negatoria* etwas ausführlicher zu handeln übrig [52]).

I. Die *actio confessoria* ist hier diejenige dingliche Klage, welche direct von dem wahren Eigenthümer, der seinem Grundstück das Recht der Dienstbarkeit auf des Beklagten Grundstück zueignet, utiliter aber auch von einem Pfandgläubiger, Emphyteuta, und Superficiar, gegen jeden angestellet wird, welcher dem Kläger die Servitut nicht zugesteht, oder ihn an deren Ausübung hindert, und auf Anerkennung der geklagten Servitut, Enthaltung aller fernern Stöhrung mittelst Bestellung einer Caution, und auf Ersatz der dadurch verursachten Schäden gehet.

II. Die

51) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 12. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 625. lit. C.

52) *Io. Frid.* KNORRE Considerat. inaug. de actione confessoria et negatoria. *Erford.* 1679. *Ferd. Aug.* HOMMEL Diss. de actione confessoria ex servitute, et negatoria ex libertate. *Lipsiae* 1721. *Henr. Christ.* SENCKENBERG Diss. cautelas circa actionem negatoriam exhibens. *Giessae* 1740. *Io. Frid.* REINHARDT Paradoxa circa actionem negatoriam, praes. *Andr. Flor.* RIVINO. *Vitemb.* 1746. und *Lud. Conr.* SCHROEDER Progr. de actione negatoria pro specie contravindicationis apud Rom. non habenda. *Marb.* 1750. besonders auch WESTPHAL Sect. III. cap. 32.

II. Die *actio negatoria*, welche in den Gesetzen auch actio *negativa* [53]), desgleichen actio contraria [54]) heißt, ist hingegen diejenige dingliche Klage, welche direct vom wahren Eigenthümer, utiliter aber auch von dessen Stellvertreter, nämlich vom Pfandgläubiger, desgleichen vom Emphyteuta und Superficiar wider denjenigen angestellet wird, der sich widerrechtlich eine Servitut auf des Klägers Grundstück anmaßt; und auf Anerkennung der Freyheit des angeblich dienstbaren Gutes, nicht minder auf Enthaltung der sich angemaßten Servitut, mittelst Leistung einer Caution, und Ersatz des zugefügten Schadens gehet.

Dies sind die wahren Begriffe, so wie sie uns **Ulpian** in der schon oben angeführten Stelle [55]) lehrt. Mehrere Rechtsgelehrten [56]) glauben indessen, daß die angegebenen Begriffe zwar dem heutigen Sprach- und Gerichtsgebrauche gemäß wären; allein die Römer hätten damit ganz andere Ideen verknüpft. Diese nämlich hätten dabey mehr auf die Klagformel gesehen, und die Vindication eines affirmativen Rechts, es betreffe nun eine Servitut, oder ein Recht der natürlichen Freyheit des Eigenthums, welches der Beklagte dem Kläger nicht gestatten will, *actio confessoria*; hingegen die Vindication eines negativen Rechts, das Verbie-

53) §. 2. *I. de actionib. L. 5. pr. D. Si usufr. petet.*

54) *L. 8. pr. D. h. t.*

55) *L. 2. pr. D. h. t.* Man sehe auch *Ant.* FABRI Conjectur. iur. civ. Lib. XX. cap. 13.

56) *I. H.* BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 2. §. 40. not. p. REINHARDT Paradoxa circa actionem negator. §. 4. SCHROEDER cit. Progr. de actione negator. §. 4. §. 6. et §. 8. u. a. m.

tungsrecht entspringe aus dem Rechte des freyen Eigenthums, oder aus dem Rechte einer Servitut, *actio negatoria* genennt. Bey der erstern sey die Formel gebraucht worden: *aio, ius mihi esse ire, agere, aedificare, altius tollere aedes meas, tignum immittere in vicini aedes* etc. bey der letztern hingegen habe man sich der negativen Formel bedient: *aio, ius tibi non esse ire, agere, aquam ducere, altius tollere* etc. Auf diese Art lasse sich die schwierige Stelle in den Institutionen, § 2 *de actionib.* welche schon bey einer andern Gelegenheit (S. 87.) wörtlich angeführt worden ist, leicht erklären, wenn nämlich daselbst die Formel: *aio, ius mihi esse altius aedes meas tollendi* zur actio confessoria, hingegen die Formel: *aio, ius non esse adversario altius tollendi* zur actio negatoria, gerechnet wird, und es sey nun nicht nöthig mit **Bachov**[57]), **Vinnius**[58]), und **Thomasius**[59]) den Kaiser **Justinian**, oder seinen **Tribonian** eines Irrthums zu beschuldigen, daß er die Vindication der natürlichen Freyheit höher zu bauen, für welche man jetzt die negatorische Klage giebt, eine actio *confessoria;* hingegen die Vindication der Servitus altius non tollendi, welche jetzt mit der confessorischen Klage geschieht, eine *actio negativa* genennt habe. **Ulpian** weiche auch nun in der oben angeführten Stelle *L. 2. pr. D. h. t.* von **Tribonians** Vorstellung gar nicht ab, ob er gleich zu den heutigen Begriffen Anlaß gegeben habe. Denn er rede bloß von affirmativen Servituten, *de quibus nobis actiones competunt ad exemplum earum, quae ad usumfructum perti-*

57) Commentar. ad §. 2. I. de action.

58) Commentar. ad eund. §. I. nr. 4.

59) Diss. de onere probandi in actione negatoria. §. 9

pertinent. Nun habe freylich bey solchen Dienstbarkeiten, welche in einem Leiden bestehen, die *actio confessoria* immer eine Vindication des Dienstbarkeitsrechts, die *actio negatoria* hingegen eine Vindication der Freyheit des Eigenthums gegen fremde Anmassung einer Servitut zum Zweck, mithin sey bey jener die Formel der Klage affirmativ, bey dieser aber negativ gefaßt gewesen: *aio tibi ius non esse.* Allein, auch davon abgesehen, daß es schon an sich gar nicht wahrscheinlich ist, daß Justinian noch zu seinen Zeiten die Begriffe zweyer so practischer Klagen nach der bloßen Formel den Anfängern der Rechtswissenschaft gelehrt haben sollte; so leuchtet es in die Augen, daß man die Stelle in den Institutionen ganz unrecht verstanden habe. Man unterscheide mit Westphal [60]) ein doppeltes *ius altius tollendi*, das eine, welches mir vermöge der natürlichen Freyheit, das andere, welches mir vermöge einer constituirten Servitut zusteht. Von dem erstern ist hier keine Rede, wie ich an einem andern Orte [61]) gezeigt habe. Justinian redet also blos von dem letztern, also von der Servitus altius tollendi. Behaupte ich nun, daß mir diese Servitut zustehe; so ist die Klage, welche ich deswegen anstelle, die *actio confessoria.* Klagt hingegen mein Nachbar, daß mir dieses Recht nicht zustehe, so ist diese Klage die *actio negatoria* [62]). Auf die Formel kommt also gar nichts an, sie mag affirmativ oder negativ abgefaßt seyn, sondern

60) De lib. et servitut. praedior. §. 969. not. a. pag. 684.

61) Siehe oben S. 89.

62) Man vergleiche *Lud.* CHARONDAE Πειδαν. s. Verisimil. Lib. I. cap. 5. ad L. 15. D. de oper. novi nunciat. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. I. pag. 695.)

sondern auf den Zweck der Klage [63]). Z. B. Wenn ich behaupte, daß mir vermöge des Rechts des freyen Eigenthums die Befugniß zustehe, so hoch zu bauen, als ich will, und mein Nachbar will mir dieses nicht gestatten, weil er behauptet, daß ihm die Servitus altius non tollendi auf meinem Hause zustehe, so ist die Klage, die ich anstelle, die actio negatoria, wenn sie gleich affirmativ gefaßt ist. Klagt hingegen mein Nachbar, daß mir dieses Recht nicht zustehe, so ist die Klage die actio confessoria, wenn sie gleich negativ gefaßt ist [64]).

Der Unterschied zwischen der *actio confessoria* und *negatoria* besteht nun darin.

I) In Ansehung des Klägers. Dieser ist

a) bey der confessorischen Klage derjenige, welcher behauptet, daß dem Grundstück, welches er aus einen vollkommenen, oder bloßen Nutzungseigenthume, oder vermöge eines Pfandrechts besitzt, die geklagte Servitut zustehe [65]).

b) Bey

63) VINNIUS in Comm. ad §. 2. I. de action. nr. 3. und KNORRE in Diss. de actione conf. et negator. P. I. Membr. I. §. 43.

64) Mit Recht sagt daher THEOPHILUS in Paraphr. graec. Institution. Lib. IV. Tit. 6. §. 2. pag. 790. der Reitzischen Ausgabe: *Quandoque actionem, quae figura verborum, negatoria est, ipso effectu* (οὖν τῷ ἀποτελέσματι) *esse confessoriam, et contra confessoriam esse, figura verborum inspecta, quae vi ipsa sit negatoria.* S. *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. VII. (bey MEERMAN Tom. IV. pag. 199.)

65) Wenn *L.* 2. §. 1. *D. h. t.* sagt: Haec autem in rem *actio confessoria* nulli alii, quam *domino fundi*, competit. Servitutem enim

b) Bey der Negatorienklage hingegen ist derjenige Kläger, welcher behauptet, daß sein Grundstück von der Servitut frey sey, welche sich der Beklagte mit Unrecht darauf anmaßt.

Beyde Klagen haben das Eigene, daß sie Statt haben, wenn sich auch gleich der Kläger in dem Quasibesitz der geklagten Servitut, oder der behaupteten Freyheit des Grundstücks befindet [66]). Mehrere Eigenthümer klagen sowohl

enim nemo vindicare potest, quam is, qui *dominium in fundo* vicino habet, *cui servitutem* dicit deberi; so ist dies von der *actio confessoria directa* zu verstehen. Von der *actio utilis* handelt *L. 16. D. de servitut.* Ei, qui pignori fundum accepit, non est iniquum, utilem petitionem servitutis dari, sicuti ipsius fundi utilis petitio dabitur. Idem servari convenit et in eo, ad quem vectigalis fundus pertinet.

66) COCCEJI in iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. giebt dies zwar bey der Negatorienklage zu, läugnet es aber bey der actione confessoria. Allein ohne allen Grund. Daß auch die letzte Klage Statt hat, ob sich gleich der Kläger in dem Quasibesitz des geklagten Dienstbarkeitsrechts befindet, lehren *L. 6. §. 1. L. 10. §. 1. in fin. L. 16. D. h. t.* Ja in dem §. 2. *I. de act.* wird sogar darin ein wichtiger Unterschied zwischen der Vindication körperlicher Sachen und der Vindication der Servituten gesetzt, daß erstere nur gegen den Besitzer Statt haben, letztere aber auch dem Besitzer selbst zustehen könne. Daß beym Usus-fructus die actio confessoria dem Besitzer zukommt, setzt die *L. 5. §. 7. D. Si usufr. petat.* außer allem Zweifel. Nun ist aber nach der *L. 2. pr. D. h. t.* die actio confessoria und negatoria; *ad exemplum earum actionum, quae ad usumfructum pertinent*, auf die Realservituten ausgedehnt worden. Man sehe D'AVEZAN Servit. libr. P. VII. pag. 200. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. p. pag. 50.

ſowohl wegen der Servitut, als wegen der Freyheit in ſolidum, weil das eine wie das andere ein untheilbares Recht iſt. Dies hat die Folge, daß zwar das obſiegliche Urtheil, welches der eine erhalten hat, auch den übrigen zu ſtatten kommt [67]); hingegen kann der Verluſt des Prozeſſes, den der eine erlitten hat, den übrigen nicht ſchaden, die an dem Prozeſſe keinen Antheil genommen haben [68]).

II. In Anſehung des Beklagten. Dieſer iſt

a) bey der *actio confeſſoria* jeder, welcher die Ausübung der Servitut hindert, es mag der Eigenthümer des dienſtbaren Gutes ſelbſt, oder ein Anderer ſeyn [69]); und zwar findet die Klage nicht nur dann Statt, wenn der Beklagte dem Kläger das Recht der Dienſtbarkeit ſtreitig macht, ſondern ſie iſt auch dann begründet, wenn der Beklagte

67) *L. 4. §. 3. D. h. t.* Si fundus, cui iter debetur, plurium ſit; unicuique *in ſolidum* competit actio, ſed in aeſtimationem id, quod intereſt, veniet; ſcilicet quod eius intereſt, qui experietur. Itaque de iure quidem ipſo ſinguli experientur, *et victoria et aliis proderit.* Aeſtimatio autem ad id, quod eius intereſt, revocabitur.

68) Anderer Meinung ſind zwar CUJACIUS ad L. 4. §. 3. D. h. t. und *Lud.* VITALIS Lection. variar. Lib. II. cap. 6. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iur. Rom.* T. II. pag. 666.) Allein dieſer Meinung ſtehen *L. 19. D. h. t. L. 74.* und *L. 155. D. de Reg. iur.* entgegen. Man ſehe WESTPHAL de lib. et ſervit. praed. §. 972. not. 850. et §. 973. und KNORRE Diſſ. cit. P. I. Membr. I. §. 31.

69) *L. 10. §. 1. D. h. t.* und *L. 1. §. 25. D. de aqua quotid.* Verb. Nam et ſic ſervitus *adverſus quemcunque* poſſe vindicari. Cf. *Guil.* BESTII Ratio emendandi Leges. Cap. 24. §. 12.

Beklagte nur etwas unternimmt, oder verhindert, welches zur Ausübung der Servitut nothwendig ist[70]). Gehört das Eigenthum des dienenden Grundstücks mehreren zu, so kann gegen jeden in solidum geklagt werden[71]). Nur bey der Servitus oneris ferendi findet, wie bereits oben (S. 27.) bemerkt worden ist, die Ausnahme Statt, daß wegen der Refection jeder nur zu seinem Antheile haftet[72]).

b) Bey der Negatorienklage ist der Beklagte nicht nur derjenige, welcher sich eine ihm nicht zustehende Servitut auf des Klägers Grundstück anmaßt, sondern auch der kann mit dieser Klage belangt werden, welcher eine ihm wirklich zustehende Servitut weiter ausdehnt, als ihm zukommt[73]). Z. B. der Beklagte treibt mehr Vieh auf die Weide, als ihm nach dem Bedürfniß seines Gutes, und vermöge der Servitut erlaubt ist; oder er will den Kläger von dem Rechte der Mithut ausschließen; oder er legt mehr Balken in die dienstbare Wand, als ihm gestattet ist[74]).

Läßt

70) *L. 4. §. 5. D. h. t.* S. oben §. 666. S. 66.

71) *L. 4. §. 4. D. h. t.* Sed si duorum fundus sit, qui servit: *adversus unumquemque* ita poterit agi, et quisquis defendit, *solidum debet restituere*, quia divisionem haec res non recipit.

72) *L. 6. §. 4. D. h. t.*

73) *L. 14. D. h. t. L. 11. D. Quemadm. servitutes amitt. L. 22. §. 2. D. de Usu et habitat.* S. KNORRE Diss. cit. de act. confess. et negatoria. P. II. Membr. I. §. 17. et 18. und Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. 2. Band §. 466. S. 265. f.

74) S. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 5.

Läßt sich der Beklagte nicht ein, so ist hier die Folge des Ungehorsams die, daß er aus dem Beklagten nun Kläger, und aus dem Besitzer nun Nichtbesitzer wird[75]). Ist demnach 1) die actio confessoria angestellet worden, und a) der Kläger im Besitz, so muß der Beklagte zur Strafe seines Ungehorsams Caution stellen, daß er nichts gegen das von dem Kläger behauptete Recht unternehmen wolle, ohne die actio negatoria angestellt zu haben. b) Ist hingegen der Beklagte im Besitz, und läßt sich nicht ein, so wird er aus dem Besitz gesetzt, das heißt, es wird ihm aufgegeben, binnen einer vorgeschriebenen Frist die negatoria anzustellen, und, wenn das nicht geschieht, das zu zerstören, was zum Nachtheil des Klägers geschehen ist. 2) Wenn hingegen bey der negatoria der Beklagte im Besitz ist, und läßt sich nicht ein, so muß derselbe Caution stellen, daß er den Kläger nicht in dem Gebrauche der natürlichen Freyheit; z. B. im Bauen, stöhren wolle. Merkwürdig sind folgende Stellen hierüber.

L. 15. *D. de operis novi nunciat.* Si, priusquam aedificatum esset, ageretur, ius vicino non esse aedes altius tollere, nec res ab eo defenderetur: partes iudicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum, cum quo ageretur, *cavere* iuberet, *non prius se aedificaturum, quam ultro egisset, ius sibi esse altius tollere.* Idemque e contrario, si cum quis agere vellet, ius sibi esse, invito adversario, altius tollere: eo non defendente, similiter, inquit, officio iudicis continebitur, *ut cavere adver-*

75) S. *Iac.* CUJACII Commentar. ad Africanum Tract. IX. ad L. 15. D. de oper. novi nunciat. und WESTPHAL de lib. et servitut. praedior. §. 986. et 987.

adversarium iuberet, nec opus novum se nunciaturum, nec aedificanti vim facturum. Eaque ratione hactenus is, *qui rem non defenderet*, punietur, ut iure suo probare necesse haberet: id enim esse, *petitoris partes sustinere.*

L. 45. *D. de damno inf.* Aedificatum habes: ago, *tibi ius non esse habere:* non defendis. *Ad me possessio transferenda est:* non quidem ut protinus destruatur opus, (iniquum enim est, demolitionem protinus fieri); *sed ut id fiat, nisi intra certum tempus egeris, ius tibi esse aedificatum habere.*

III) In Absicht auf das Gesuch geht

a) die *actio confessoria* dahin: zu erkennen, daß dem Grundstücke des Klägers die behauptete Servitut zustehe, und daher der Beklagte schuldig sey, sich aller fernern Stöhrung zu enthalten, auch deshalb Caution zu leisten, so wie nicht minder allen zugefügten Schaden zu ersetzen, und die etwa zum Nachtheil der Servitut gemachten Einrichtungen wieder aufzuheben *).

b) Bey der *actio negatoria* hingegen wird das Gesuch dahin gerichtet, zu erkennen, daß das Grundstück des Klägers von der angemaßten Dienstbarkeit des Beklagten frey sey, oder, wenn der Kläger zwar nicht Eigenthümer ist, aber doch sonst ein besonders Interesse dabey hat, daß dem Beklagten die sich angemaßte Servitut nicht zustehe, und daher derselbe sich aller ferneren Anmaßung zu enthalten, auch darüber Caution zu bestellen, nicht minder allen zugefügten Schaden zu ersetzen, schuldig sey.

L. 7.

*) *L.* 20. §. 2. *D. de Serv. praed. urb. L.* 5. *C. de Servitut.*

L. 7. D. h. t. ſagt: Harum actionum eventus hic eſt, ut victori officio iudicis aut *res* praeſtetur[76]), aut *cautio*. *Res ipſa* haec eſt, ut iubeat adverſarium iudex emendare vitium parietis, et idoneum praeſtare. *Cautio* haec eſt, ut eum iubeat de reficiendo pariete cavere: neque se, neque ſucceſſores ſuos prohibituros altius tollere, ſublatumque habere, et ſi caverit, abſolvetur. Si vero neque rem praeſtat, neque cautionem, tanti condemnet, quanti actor in litem iuraverit.

L. 4. §. 2. D. Si ſervit. vind. In confeſſoria actione, quae de ſervitute movetur, *fructus* etiam veniunt. Sed videamus, qui eſſe fructus ſervitutis poſſunt: et eſt verius, id demum *fructuum nomine* computandum, *ſi quid ſit, quod interſit agentis, ſervitute non prohiberi.* Sed et in negatoria actione (ut *Labeo* ait) *fructus* computantur, quanti intereſt petitoris, non uti fundi ſui itinere adverſarium. Et hanc ſententiam et *Pomponius* probat.

L. 6. §. 6. D. eodem. Veniunt et fructus in hac actione, id eſt, commodum, quod haberet, ſi onera eius vicinus ſuſtineret.

Welche

76) HOFACKER in Princip. iur. civ. T. II. §. 1145. erklärt die Worte: *res praeſtetur* von dem ungehinderten Gebrauche der Freyheit oder der Servitut. WESTPHAL §. 988. hingegen ſo, daß alles in den vorigen Stand geſetzt, auch aller Schade vergütet werde. Iſt noch nichts zum Nachtheil der Servitut oder Freyheit geſchehen, ſo bleibt es blos bey der Caution. Daher die Alternative. S. KNORRE cit. Diſſ. P. I. Membr. I. §. 25.

Welche Art der Caution hier zu leisten sey, ist streitig. Einige verstehen darunter eine Realcaution durch Bürgen oder Pfandgebung [77]). Allein in den Gesetzen wird blos der Caution schlechthin gedacht, ohne alle weitere Bestimmung, und darunter ist immer nur eine bloß promissorische Sicherheitsleistung zu verstehen [78]). Da nun das bloße Versprechen selten den erwünschten Erfolg hat, so ist es rathsamer, statt derselben, das Gesuch auf Androhung einer bestimmten Geldstrafe zu richten [79]). Auf Cautionsleistung kann jedoch auch der Richter von Amtswegen erkennen, wenn sie gleich von dem Kläger nicht gefordert worden ist [80]).

Aus allem ergiebt sich nun, daß es nur eine petitorische Klage giebt, die aus dem Rechte der Dienstbarkeit entspringt, nämlich die *actio confessoria*. Die Negatorienklage hingegen ist eine aus dem Eigenthumsrechte entspringende Vindication der Freyheit unsers Grundstücks, welche ihren Grund nicht sowohl, wie einige [81]) behaupten, in der natürlichen Freyheit, auch nicht, wie andere [82]) sagen, in

77) S. KNORRE cit. loc. §. 24.

78) *L. 3. C. de Verb. Signific.*

79) Z. B. daß Beklagter sich aller fernern Stöhrung bey 10—20 Thlr. Strafe zu enthalten schuldig. S. Schmidts Commentar 2. Bd. §. 464. u. §. 469.

80) S. KNORRE cit. Diff. P. I. Membr. I. §. 23. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 3.

81) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 11. BOEHMER Doctr. de action. Sect. II. Cap. II. §. 41.

82) Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 466.

in der Verneinung der Dienstbarkeit, sondern vielmehr, wie Rivinus [83]) ganz richtig dargethan hat, in der Natur des Eigenthumsrechts hat, vermöge dessen der Eigenthümer seine Sache auf alle mögliche Art gebrauchen, und jedem verbieten kann, Etwas wider seinen Willen auf seinem Eigenthume zu unternehmen. Denn die natürliche Freyheit ist ja keine Gattung des dinglichen Rechts, sondern eine nothwendige Folge des Eigenthums, und die bloße Verneinung der Servitut an sich enthält auch noch keinen rechtlichen Grund, den Beklagten von der Ausübung der sich zugeeigneten Dienstbarkeit auszuschließen, weil es ein sehr unbündiger Schluß ist, der Kläger verneinet dem Beklagten die Servitut, also hat er auch ein Recht, ihm die Ausübung derselben zu verbieten. Nein, es muß noch ein stärkeres Fundament hinzutreten. Es ist also, wie Hugo [84]) ganz recht sagt, im Grunde die Eigenthumsklage, womit man die Freyheit des Eigenthums von einer Servitut behauptet.

Noch ist zu bemerken, daß es bey der Negatorienklage schon genüge, wenn das Grundstück des Klägers nur wenigstens von der Dienstbarkeit frey ist, welche sich der Beklagte darauf anmaßt, gesetzt auch, daß es einem andern Grundstück wirklich dienstbar seyn sollte [85]).

§. 686.

83) Paradoxa circa actionem negatoriam §. 9.

84) Lehrbuch der Pandecten §. 195.

85) *L. 4. §. 7. D. h. t.* WESTPHAL de lib. et servitut. praed. §. 1001.

§. 686.

Heutige Ausdehnung der actio confessoria und negatoria.

Heutzutage werden die gedachten beyden Klagen utiliter auch bey andern Rechten gebraucht, welche zwar keine römische Dienstbarkeiten sind, aber doch darin mit denselben eine Aehnlichkeit haben, daß sie entweder die natürliche Freyheit oder das gemeine Recht, oder ein sonst gleiches Recht des Andern einschränken oder aufheben. Daher die *actio confessoria utilis*, und die *actio negatoria utilis* im heutigen Sinn.

Die *actio confessoria utilis* wird nämlich von demjenigen angestellt, welcher, ausser dem Falle einer römischen Servitut, ein besonderes Recht zu haben behauptet, an dessen Ausübung er von dem Beklagten behindert wird.

Die *actio negatoria utilis* hingegen wird von demjenigen angestellt, der dem Beklagten das sich angemaßte besondere Recht streitig macht, und sich dagegen auf die natürliche Freyheit, oder das gemeine Recht, oder ein ihm zustehendes gleiches Recht beruft.

Unter einem besondern Rechte ist also hier ein solches Recht zu verstehen, welches von der natürlichen Freyheit, oder vom gemeinen Rechte, oder einem gleichen Rechte Anderer abweicht.

So ist z. B. in der natürlichen Freyheit gegründet, daß jeder sein Korn in einer Mühle mahlen lassen kann, in welcher er will. Behauptet nun aber der Besitzer einer gewissen Mühle, daß ihm ein Zwangsmühlenrecht zustehe, vermöge dessen die Bauern eines gewissen Dorfs ihr Ge-

traide in seiner Mühle mahlen lassen müßten; so klagt entweder der Müller gegen die Bauern, die ihm ein solches Zwangsrecht nicht zugestehen wollen, oder die Bauern treten klagend wider ihn auf. Jener stellt die *actio confessoria utilis*, diese stellen die *actio negatoria utilis* an. So ist es ferner gemeinen Rechtens, daß jeder Besitzer unbeweglicher Güter Steuern entrichten muß. Behauptet nun ein Gutsbesitzer, daß sein Grundstück steuerfrey sey, so klagt er gegen denjenigen, welcher ihm diese Immunität streitig macht, *actione confessoria utili*. Oder man setze, A habe das Privilegium erhalten, einen Gasthof anzulegen. B behauptet, hierüber ein früheres ausschließendes Privilegium erhalten zu haben. Hier klagt A *actione negatoria utili*, B hingegen *actione confessoria utili* [86]).

Das Gesuch bey der *actio confessoria utilis* geht dahin, zu erkennen, daß dem Kläger das besondere Recht zustehe, und daher Beklagter sich aller fernern Stöhrung bey 20 Thaler Strafe zu enthalten schuldig sey.

Das Gesuch bey der *actio negatoria utilis* hingegen geht dahin, zu erkennen, daß dem Beklagten das besondere Recht nicht zustehe, und daher derselbe den Kläger in dem Gebrauche der natürlichen Freyheit, oder des gemeinen, oder des ihm zustehenden gleichen Rechts bey 20 Thaler Strafe nicht behindere.

§. 687.

86) S. Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 471 — 480. Schmidts Commentar 2. Bd. S. 273 — 282. und KNORRE cit. Diss. de act. confess. et negatoria. P. I. Membr. 2. et P. II. Membr. 2.

§. 687.

Von der Beweisführung bey diesen Klagen.

Soviel hiernächst den Beweis bey diesen Klagen anbetrifft, so ist zu unterscheiden. Es wird entweder

I. possessorisch geklagt, und dann gründet sich entweder

1) der Kläger darin, er befinde sich in dem Besitz der natürlichen Freyheit seines Grundstücks, und bittet, durch Erlassung eines Inhibitorii an den Beklagten, darin geschützt zu werden. Hier behaupten zwar viele Rechtsgelehrten [87], daß der Kläger den angeführten Besitz der natürlichen Freyheit zu beweisen habe, weil bey dem Possessorium hierauf der Grund der Klage beruhe, und zwar die natürliche Freyheit eines Grundstücks an sich, aber nicht der Besitz derselben vermuthet werden könne. Allein nach der richtigern Meinung der meisten Rechtsgelehrten [88] braucht der Kläger, welcher das possessorium summarium anstellt, nur den Besitz des Grundstücks selbst, auf welchem

87) BERGER Elect. processus possess. §. 10. WERNHER Observat. for. Tom. I. P I. Obs. 274. LUDOLF Observat. for. Part. I. Obs. 18 und Struben rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 28.

88) HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. III. Obs. 484. BARTH Hodegeta for. Cap. V. §. 2. pag. 930. HERTIUS in Diss. de quasi possidente probante Sect. I. §. 6. (in *Opuscul.* Vol. I. Tom. III. pag. 206.) Ludovici Civilprozeß Cap. 2. §. 8. Gundlingiana Stück XXVIII. Nr. 3. §. 16. 17. et 18. von Cramer Wetzlarische Nebenstunden Th. 26. Nr. 4. und Photenhauer Abhandl. über das gerichtliche Verfahren in Sachen, welche den neuesten Besitz betreffen. §. 11. S. 41—44.

chem der Beklagte eine Servitut sich anmaßt, zu bescheinigen, wogegen der Beklagte sodann darthun muß, daß er ruhige, der behaupteten natürlichen Freyheit des Klägers zuwiderlaufende Handlungen für sich habe. Denn wenn gleich bey Anstellung des Possessoriums nicht die natürliche Freyheit selbst, sondern der Besitz und die wirkliche Behauptung derselben zum Grunde der Klage angenommen wird; so muß doch in dem Falle, da vom Kläger der Besitz des Grundstücks, auf welchem der Andere ein Recht sich angemaßt hat, bescheiniget worden ist, die wirkliche Behauptung der natürlichen Freyheit in Ansehung dieses Grundstücks so lange vermuthet werden, bis der Andere ruhige, der vom Kläger behaupteten natürlichen Freyheit zuwiderlaufende, Handlungen beygebracht hat. Oder

2) der Kläger gründet sich in dem Quasi-Besitz der behaupteten Servitut, oder eines andern besondern oder ausschließenden Rechts. Hier muß der Kläger den Beweis des behaupteten Besitzes übernehmen. Das Römische Recht erfordert zwar einen rechtmäßigen Besitz, welcher weder mit Gewalt, noch heimlich, noch durch ein precarium angefangen hat, wenn der Kläger durch das Interdictum *Uti possidetis* geschützt werden soll [89]). Allein bedient sich heut zu Tage der Kläger des possessorii summarii, so kommt es nur darauf an, ob der Kläger die jüngste ruhige Besitzhandlung für sich hat. Auf die Fehler des Besitzes wird keine Rücksicht genommen, wenn sie nicht sogleich aus den Acten liquid sind [90]).

II. Es

89) *L. 1. pr. et §. 5. L. 3. pr. D. Uti possidetis.* von Savigny Recht des Besitzes § 38. S. 412. f.

90) S. Pfotenhauers angef. Abhandlung §. 8.

II. Es wird petitorisch mit der *actio confessoria* oder *negatoria* geklagt. Der hier zu führende Beweis kann von zweyerley Art seyn. Er betrift entweder

A) blos die vorläufige Legitimation zur Sache, d. h. daß der Kläger zur Anstellung einer Klage von der Art befugt sey. Diesen Beweis muß allemal der Kläger führen. Nun klagt entweder

a) der Eigenthümer. Hier muß der Kläger, welcher behauptet, daß seinem Grundstück die geklagte Servitut zustehe, oder daß sein Grundstück von der angemaßten Servitut des Beklagten frey sey, wenn der letztere läugnet, daß dem Kläger das Grundstück gehöre, dessen Rechte er geltend machen will, vor allen Dingen das Eigenthum bescheinigen [91]). Kann er diesen Beweis nicht führen, so fällt auf seiner Seite alles Interesse, folglich auch alles Recht, der sich angemaßten Befugniß oder Handlung des Gegners zu widersprechen, weg, und er muß nothwendig dem Beklagten weichen, wenn dieser selbst auch nicht das mindeste Recht für sich hätte [92]). Da jedoch der Streit über das Eigenthumsrecht hier nur einen Incidentpunct ausmacht, so wird kein förmlicher und strenger Beweis, wie bey der Reivindication, erfordert, sondern es braucht blos das präsumtive Eigenthum bescheiniget zu werden, nämlich daß der Kläger das Grundstück durch einen solchen Titel, welcher an und für sich geschickt ist, das Eigenthums-

recht

91) *L. 2. §. 1. L. 6. §. 3. D. h. t. L. 16. D. de exception.*

92) *L. 5. pr. D. Si usufr. petet.* WESTPHAL *de servitut. praed.* §. 971.

recht zu übertragen, an sich gebracht habe[93]). Mehrere Rechtsgelehrten[94]) behaupten sogar, daß die bloße Bescheinigung des Besitzes des Grundstücks schon hinlänglich sey, weil der Besitz der Sache die rechtliche Vermuthung des Eigenthums begründe. Eine summarische Bescheinigung des Eigenthums halten sie nur dann für nöthig, wenn der Kläger gar nicht im Besitz des Grundstücks sich befindet, dessen Rechte er gleichwohl gerichtlich verfolgt. Allein wenn gleich der Besitzer im Streite über das Eigenthum den Vortheil hat, daß er mit dem Beweise der Rechtmäßigkeit seines Besitzes nicht beläſtiget werden darf; so tritt doch hier ein ganz anders Verhältniß ein, wo die praesumtio pro possessore nichts entscheiden kann. Es gilt hier der Legitimation zur Sache. Hierzu ist die bloße Bescheinigung des Besitzes nicht hinreichend. Denn der Beklagte muß gesichert seyn, daß er nicht vergeblich litigire, und in der Folge mit einem Andern aufs neue in einen Prozeß darüber gerathe, dem die exceptio rei iudicatae nicht

93) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CIX. Med. 1. et 2. WERNHER Observ. for. Tom. II. P. IX. Obs. 33. Schmidt Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen 2. Band §. 465.

94) BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 22. Not 6. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 4. KNORRE Diss. de act. conf. et negatoria P. I. Membr. I. §. 34. Struben rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 105. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. II. §. 36. MENCKEN Introd. in doctr. de actionib. for. Sect. I. Cap. II. Membr. V. §. 8. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1143. WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. P. I. h. t. §. 3. u. a. m.

nicht entgegengesetzt werden kann. *Cum inter alios acta et iudicata aliis nec noceant, nec prosint.* Ist insonderheit von der Negatorienklage die Rede, und der Beklagte befindet sich im Besitz der behaupteten Servitut, so muß ihm an der Legitimation des Klägers um so mehr gelegen seyn, weil er, wenn der Kläger jene beyzubringen nicht vermag, schlechterdings von der Klage entbunden werden muß, gesetzt auch, daß er sich die Servitut wirklich mit Unrecht anmaße. *Quodsi enim, qui agit, dominus non est, quamvis reus ius servitutis non habeat, vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant*[95]) Aus diesen Gründen haben sich Leyser[96]), Rivinus[97]), und Carrach[98]) mit Recht der Meinung derjenigen entgegengesetzt, welche den bloßen Beweis des Besitzes zur Legitimation des Klägers für hinreichend halten wollen[99]); und auch neuere practische Rechtsgelehrten[100]) sind wenigstens darin einverstanden, daß den Beweis des Besitzes noch solche

95) *L. 5. pr. D. Si usufr. petet.*

96) Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CIX. medit. 3.

97) Paradoxa circa actionem negatoriam §. 16.

98) Adnotat. ad *Boehmeri* doctr. de actionib. Sec. II. cap. II. ad §. 36. not. g. pag. 141.

99) Man sehe noch WALCH Controv. iur. civ. Sect. IV. cap. I. §. 7. Schmidts pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 2. Bd. §. 465. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. Bd. §. 625. lit. D. S. 64.

100) KIND Quaest. for. Tom. II. cap. 64. WIESAND Opusc. iurid. Specim. VIII. §. 2. pag. 98. sq. HAUBOLD ad *Bergeri* Oeconom. iuris. Tom. I. pag. 350. nor. b.

che Gründe unterstützen müßten, woraus sich das Eigenthumsrecht des Klägers an dem innehabenden Grundstück schließen läßt. Z. B. das Gut ist in dem Steuer-Catastrum auf des Klägers Namen eingetragen, der Kläger hat seither alle, sowohl ordentliche als ausserordentliche, Abgaben und Steuern davon entrichtet, und in eigenem Namen die Früchte gezogen.

b) Ist der Kläger zwar nicht Eigenthümer, aber doch, wegen eines ihm an dem Grundstück zustehenden dinglichen Rechts, zur Anstellung der actio confessoria oder negatoria utilis befugt; so muß er vorläufig bescheinigen, daß er in dem, zur Begründung dieser Klagen, erforderlichen Verhältniß zu der angeblich dienenden Sache wirklich stehe [1]).

B) Der Beweis in der Hauptsache betrift die Frage, ob dem Grundstück des Klägers die geklagte Servitut zustehe? oder ob des Klägers Grundstück von der angemaßten Servitut des Beklagten frey sey? Hier liegt demjenigen der Beweis ob, welcher sich die Servitut zuschreibt. Dies ist bey der *actio confessoria* der Kläger, bey der *negatoria* der Beklagte. Also muß bey der *actio confessoria* der Kläger, hingegen bey der *negatoria* der Beklagte beweisen, daß dem im Besitz habenden Grundstück die Servitut wirklich zustehe, und zwar muß dieser Beweis auf die Erwerbart gerichtet werden, wodurch man das Recht der Dienstbarkeit erlangt hat [2]). Daß bey der Negato-

1) S. THIBAUT Syst. des P. R. 2. Bd. §. 625. lit. D. S. 64.

2) KNORRE Diss. cit. P. I. Membr. I. §. 36. MENCKEN Introduct. in doctr. de action. for. Sect. I. Cap. II. Membr. V. §. 9—14.

Wie

gatorienklage der Kläger die Freyheit seines Eigenthums nicht zu beweisen braucht, versteht sich wohl von selbst. Denn ist das Eigenthum bewiesen, oder die Zuständigkeit desselben anerkannt, so folgt hieraus freye Ausübung dieses Eigenthums von selbst, und bedarf keines weitern Beweises. Es kann mithin der Beklagte dieselbe gar nicht abläugnen, ohne ein neues Factum anzuführen, wodurch die mit dem Eigenthume in der Regel cohärirende freye Ausübung desselben beschränkt worden sey. Eine rein negative Litiscontestation ist folglich, der entgegenstehenden Vermuthung wegen, völlig unstatthaft, und vielmehr jede auf den Erwerb einer Servitut gegründete Einschränkung der aus dem erwiesenen oder zugestandenen Eigenthume fließenden Befugniß freyer Ausübung desselben, stets als wahre Einrede zu betrachten, deren Beweis dann ohne Zweifel dem Beklagten lediglich obliegt [3]). So wahr und ausgemacht dieses ist, so sehr bestritten ist die Frage, ob nicht dem Kläger bey der negatorischen Klage wenigstens alsdann die Beweisführung obliege, wenn sich der Beklagte in dem Besitz der behaupteten Servitut befindet, und ob nicht dagegen auch bey der confessorischen Klage der Kläger von der Beweislast zu befreyen sey, wenn er zugleich

Wie die Beweisartikel zu formiren sind, zeigt BERGER in Oeconom. iuris Lib. II. Tit. III. Th. 22. not. 2. Man sehe auch CARRACH Adnotat. ad *Boehmeri* doctr. de action. pag. 142. ad v. *Probare debet.*

3) S. Pfeiffers vermischte Aufsätze über Gegenstände des teutschen und römischen Privatrechts. S. 207. und Ernst Christ. Gottl. Schneiders vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise in bürgerlichen Rechtssachen. 1. Th. §. 35.

zugleich Quasi-Possessor ist? Viele Rechtsgelehrten[4]) tragen kein Bedenken, diese Frage zu bejahen, und diese Meinung hat vorzüglich an Cocceji[5]), Pfeiffer[6]) und Weber[7]) eben so eifrige als geschickte Vertheidiger gefunden. Allein die entgegengesetzte Meinung, welche die Beweislast demjenigen auflegt, der sich die Servitut zueignet, auch wenn er in dem Besitz geschützt worden ist, hat seit Accursius bey weitem die meisten Anhänger[8]) gehabt, und nach ihr wird auch gewöhnlich in der Praxis gesprochen.

4) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 4. et 11. de BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. III. Th. 22. Not. 8. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 5. et §. 12. WESTPHAL de libert. et servitut. praedior. §. 969. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1143. MALBLANC Dig. P. II. §. 439. *Wilh. Frid.* HOMBERGK *zu Vach* Diss. de concursu praesumtionum §. 47—49. Dabelow Handbuch des heutigen gemeinen röm. teutschen Privatrechts 2. Th. 2. Abth. §. 1573. THIBAUT Syst. des P. R. 2. Bd. §. 625. u. a. m.

5) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 4.

6) Vermischte Aufsätze über Gegenstände des teutschen und röm. Privatrechts S. 207—222.

7) Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 3. Stück. Nr. 16.

8) Unter den neuern Rechtsgelehrten haben sich für diese Meinung vorzüglich erklärt Schmidt im Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden §. 470. WERNHER in lectissim. Commentat. in Pandect. h. t. §. 3. P. I. pag. 358. sq. WALCH Controv. iuris Sect. IV. Cap. I. §. 6. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 195. Not. 2. (der 3. Aufl.) Schneider vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise 1. Abth. 1. Th. §. 35. und 2. Abth. Anmerk. XI. S. 434. f. von Savigny Recht des Besitzes 5. Abschn. §. 46. S. 501. ZACHARIAE in Libro Quaestion. Quaest.

chen [9]). Unter den neuern haben sich Kind [10]) und Zufeland [11]) am meisten angelegen seyn lassen, sie auch aus Gründen der Theorie zu vertheidigen. Die Gründe und Gegengründe beyder Partheyen hier nochmals darzustellen, scheint mir nach dem mühsamen Fleiße eines Zufelands überflüßig zu seyn. Auch die eigenen neuen Ansichten dieses Gelehrten sind schon vom Weber gründlich geprüft und gewürdiget worden. Ich will also nur noch meine Gedanken hinzufügen. Es ist, wie ich glaube, bey der Frage, wem bey den auf Servituten sich beziehenden petitorischen Klagen der Beweis in der Hauptsache obliege, folgender Unterschied zu machen.

1) Es ist die confessorische Klage angestellt. Hier muß unstreitig der Kläger beweisen, daß ihm die behauptete Servitut zustehe, er mag sich in dem Quasi-Besitz derselben befinden, oder nicht. Nicht nur die *L.* 10. *pr.*

Quaest. 16. pag. 119. sq. ZAUNER Introduct. in ius Digestor. P. II. Lib. III. Tit. 12. §. 4. pag. 124. und die Gebr. Overbeck in den Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 10. Band. Meditat. 545.

9) *de* CRAMER Observation. iuris univ. Tom. IV. Observ. 1161. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CIX. medit. 5. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 37. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. VI. Obs. 117. WERNHER Observat. for. T. I. P. I. Obs. 339. P. III. Obs. 168. und *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. I. Decis. 28. *n.* 10. sqq. et P. II. Decis. 71. nr. 5. sqq.

10) Quaestion. for. Tom. I. Cap. 105.

11) Revision der bekannten Streitfrage über die Beweislast bey der negatorischen Klage; in Dessen Beyträgen zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaften. 4. St. 10. Abh.

pr. D. h. t. sondern auch die *L.* 15. *D. de oper. novi nunciat.* in Verbindung mit *L.* 6. § 1. *D. h. t.* beweisen deutlich, daß der Kläger, auch wenn er im Besitz ist, den Beweis übernehmen müsse, und nur durch den Ungehorsam des Beklagten dieses Beweises entlediget werde.

2) Es ist die negatorische Klage angestellt. Hier ist wieder zu unterscheiden

a) der Beklagte hatte das possessorium angestellt, und ist beym Quasi-Besitz der behaupteten Servitut rechtskräftig geschützt worden. Hier würde es höchst inconsequent seyn, wenn der geschützte Quasi-Possessor bey der wider ihn angestellten Negatorienklage beweisen sollte, daß die Befugniß, in deren Besitz er geschützt worden ist, ihm wirklich zustehe. Denn wer einmal im summarischen Besitzprozesse obtinirt hat, braucht nicht weiter zu beweisen, sondern bleibt fortwährend geschützt, bis der Gegner im ordentlichen Besitzprozesse, oder im petitorio ein besseres Recht ausgeführt hat [12]). Die Präsumtion der natürlichen Freyheit kann hier dem Kläger nicht mehr zu statten kommen. Denn diese lag schon beym possessorio seines Gegners vor. Ward nun dennoch nicht auf selbige Rücksicht genommen, sondern, derselben ungeachtet, der Gegner geschützt, so kann diese Präsumtion nicht weiter zur Sprache kommen, noch weniger aber derselben jetzt noch die Wirkung beygelegt werden, daß der Gegner, der ungeachtet jener Präsumtion geschützt ward, nunmehr doch noch den Gegenbeweis wider diese Präsumtion führen sollte.

Es

12) S. Pfotenhauers Abh. über das gerichtliche Verfahren in Sachen, welche den neuesten Besitz betreffen. §. 27.

Es lagen ja jener Präsumtion keine factischen, als illiquid in separato auszumachende, Thatsachen zum Grunde. Nein, sie ist von den Gesetzen selbst anerkannt, und nothwendige Folge des Eigenthums. Ward sie nun dennoch in dem possessorischen Prozeßverfahren nicht beachtet, so kann sie nun auch jetzt in petitorio in keine weitere Betrachtung kommen [13]). Gesetze, die das Gegentheil lehren, giebt es nicht. Denn die von Hufeland [14]) angeführte *L. 5 pr. D. Si usufr. petat.* gehört offenbar nicht hierher, da sie von dem Falle redet, wenn der Kläger das Eigenthum nicht zu bescheinigen vermag; unsere Frage hingegen gerade das Verhältniß des Quasi-Besitzers zum Eigenthümer betrifft. Das daraus hergeleitete argumentum a contrario ist auch von Weber [15]) mit Recht bestritten, und zur Genüge widerlegt worden. Eben so wenig kann uns der Einwurf treffen, daß man dem Kläger den Beweis einer Verneinung aufbürden würde, welcher nach der *L. 23. C. de probat* per rerum naturam nicht Statt finde. Denn daß rechtlich genügende Beweise einer Verneinung allerdings sowohl directe als indirecte geführt werden können, läßt sich mit Grund nicht bezweifeln [16]). Das angeführte Gesetz ist auch gar nicht entgegen. Denn es redet nicht von dem, welcher etwas überhaupt verneinet,

13) Man vergleiche hier vorzüglich die Versuche über den Quasi-Besitz. Halle 1806. 8. Nr. VIII. §. 5. S. 149. ff.

14) In den angef. Beyträgen. 4. St. Nr. X. S. 53. ff.

15) Beyträge zur Lehre von Klagen und Einreden. 3. Stück. S. 131. ff.

16) Man sehe hier vorzüglich Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. VI. 10. S. 189. ff.

net, sondern vielmehr von dem, der eine gegen ihn angeführte Thatsache abläugnet [17]). Ob der Beweis leicht oder schwer zu führen sey, kann hier in keine Betrachtung kommen. Genug, der Kläger muß hier beweisen, daß dem Beklagten das Recht, in dessen Besitz er geschützt worden ist, nicht zustehe. Unmöglich ist dieser Beweis nicht, da sich ja allerdings ein fehlerhafter Besitz des Beklagten, oder ein Verlust der Servitut nach bekannten Rechtsgründen, beweisen läßt, auch die Eideszuschiebung dem Kläger unbenommen bleibt [18]).

b) Der Beklagte ist noch nicht in einem vorausgegangenen Possessorium bey seinem Besitz geschützt, sondern der Eigenthümer ist ihm mit der Negatorienklage zuvorgekommen. Hier muß der Beklagte das Recht der sich angemaßten Servitut beweisen. Denn wenn gleich daraus, daß Jemand ein Recht schon ausgeübt hat, eine Vermuthung entsteht, daß ihm ein solches Recht wohl zustehe, so kann doch diese Vermuthung nur da von Wirkung seyn, wo sie allein steht, oder mit einem schwächern Gegner, z. B. mit einem Nichteigenthümer collidirt, nicht aber da, wo sie mit einem stärkern Gegner, wie in Rücksicht auf den Eigenthümer, streitet. Denn ist das Eigenthum an sich gewiß, oder durch Beweis außer Streit gesetzt, so ist auch die Folge desselben, nämlich die Freyheit des Eigen-

17) S. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung VI. 12. S. 205. f. und Pfeiffer in den vermischten Aufsätzen. S. 211. ff.

18) S. Weber in den Beyträgen 3. St. S. 138. f. und des Ungenannten Versuche über den Quasi-Besitz Nr. VIII. §. 8. S. 161. ff.

genthums, zugleich mit bewiesen, und diese muß so lange angenommen werden, bis eine Beschränkung derselben, welche hier immer als Ausnahme erscheint, von dem Gegner erwiesen worden ist. Man wendet zwar ein, der Beklagte sey hier kein solcher Besitzer, der dem Kläger sein Eigenthumsrecht streitig macht, und sich die ganze Sache anmaßt, sondern behaupte nur für sich ein Recht, was mit dem Eigenthume des Klägers an sich gar wohl bestehen könne, ja was seiner Natur nach immer eine fremde Sache voraussetze. Es sey mithin kein Grund vorhanden, warum die Vermuthung für den Quasibesitzer eines Rechts ihrer Natur nach schwächer seyn müsse, als die Präsumtion für die natürliche Freyheit des Eigenthums. Man sagt weiter, die Gesetze hätten einmal die allgemeine Regel aufgestellt, daß in zweifelhaften Fällen immer für den Besitzer entscheiden werden solle. Von dieser Regel sey der Besitz unkörperlicher Sachen, oder so genannter Gerechtigkeiten keinesweges ausgenommen. Er müsse also eben die Vortheile gewähren, die der Besitz überhaupt mit sich bringt [19]). Allein dieser ganze Einwurf scheint mir eine noch gar nicht erwiesene Hypothese zum Grunde zu haben. Die Regel des Römischen Rechts, daß in zweifelhaften Fällen für den Besitzer gesprochen werden soll, beschränkt sich eigentlich nur auf den Besitz körperlicher Sachen. Denn nur bey körperlichen Sachen, wenn das Eigenthum nicht erhellet, ist es für beyde streitende Theile zweifelhaft, wer Eigenthümer sey. Nun haben zwar die Gesetze diese Regel auch auf unkörperliche Sachen, und namentlich auf Servituten erstreckt, jedoch nur gegen den dritten

19) S. Webers Beyträge a. a. O. S. 128. f.

Nichteigenthümer, wie aus *L. 5. pr. D. Si usufr. petat.* klar erhellet. Daß hingegen diese Erstreckung auch den Eigenthümer treffe, und auch gegen diesen die Präsumtion für den Quasibesitzer eines Rechts von Wirkung sey, ist unerweislich. Denn in Rücksicht des Eigenthümers kann nie ein Zweifel eintreten, ob sein Eigenthum frey sey oder nicht. Das dominium ist in der Regel immer volles und freyes Eigenthum. Ist also das Eigenthum bewiesen, so versteht sich freye Ausübung von selbst, weil sie eine nothwendige Folge des Eigenthums ist. Bey Rechten, die Jemand wider den Eigenthümer behauptet, tritt demnach immer nur in Rücksicht dessen ein Zweifel ein, der sich ein Recht anmaßt, ob ihm nämlich dieses Recht auf dem Grundstück des Eigenthümers wirklich zustehe, oder nicht. Er muß folglich um so mehr den Beweis übernehmen, da er eine Beschränkung des Eigenthumsrechts behauptet, und daher die Vermuthung gegen sich hat[20]. Es erhellet zugleich hieraus, daß die Gesetze[21]), welche den Beweis der persönlichen Freyheit demjenigen auflegen, gegen welchen ein Anderer sich in dem Besitz der herrschaftlichen Gewalt befindet, hier völlig unpassend sind, und mithin zur rechtlichen Entscheidung der vorliegenden Streitfrage durchaus keine Norm abgeben können. Denn daß hier ein ganz anders Rechtsverhältniß eintritt, wenn Jemand aus der Sklaverey seine Freyheit verfolgen will, als bey der Negatorienklage, hat schon Thomasius[22]) hinlänglich dargethan,

20) S. des Ungenannten Versuche über den Quasi-Besitz. Nr. VIII. §. 7. S. 158. ff.

21) *L. 7. §. 5. D. de liber. causa. L. 14. D. de probat.*

22) Diss. de onere probandi in actione negatoria. §. 31.

gethan, und Hufeland[23]) sehr gründlich erinnert, daß das ganze Argument schon darum nicht schließe, weil jede Dienstbarkeit immer eine fremde Sache, also insofern das einzuschränkende Recht eines Andern voraussetzt, dahingegen die Menschenknechtschaft immer eine eigenthümliche Sache zum Gegenstande hat. Uebrigens ist es wohl außer allem Zweifel, daß der Kläger bey der Negatorienklage alsdann den Beweis übernehmen müsse, wenn er einräumt, der Beklagte habe die Servitut wirklich gehabt, aber dagegen behauptet, er habe auf diese Verzicht gethan, oder die Servitut sey durch Verjährung erloschen, oder wenn er dem Beklagten die Servitut zugesteht, aber eine Einschränkung derselben in Ansehung der Art, oder der Zeit, oder des Orts behauptet, oder er habe ihm die Servitut auf seinem Grundstück zwar eingeräumt, aber auf eine wiederrufliche Art[24]).

23) Beyträge 4. Stück Nr. X. §. 6. S. 72.

24) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CIX. medit. 7. KIND Quaest. for. Tom I. cap. 105. pag. 409. von Hymmen Beyträge zu der jurist Litteratur in den Preuß. Staaten 3. Samml. 1. Abschn. Nr IV. S. 36. ff. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 2. Band. §. 466. und Hufeland in den Beyträgen 4. Stück. Nr. X. §. 13. S. 90. ff.

Lib. VIII. Tit. VI.

Quemadmodum servitutes amittantur.

§. 688.

Verlust der Prädialservituten.

Dingliche Servituten können auf mancherley Art aufhören.

I. Durch gänzlichen Untergang des dienstbaren oder herrschenden Gutes. Wird jedoch das Grundstück wieder hergestellt, so lebt die Dienstbarkeit wieder auf, wenn gleich bis dahin eine so lange Zeit verflossen seyn sollte, als zum Erlöschen der Servitut hinreicht [25]). Eine bloße Veränderung des dienstbaren Guts, bey welcher die Ausübung der Dienstbarkeit immer noch möglich bleibt, hebt

25) *L.* 20. §. 2. *D. de Servit. praed. urban.* Siehe über diese Stelle *Ger.* NOODT de Usufr. Lib. II. cap. 11. (*Oper.* Tom. I. pag. 468.) Besonders *L. 14. D. h. t.* Si locus, per quem via, aut iter, aut actus debebatur, impetu fluminis occupatus esset, et intra tempus, quod ad amittendam servitutem sufficit, alluvione facta, restitutus est: servitus quoque in pristinum statum restituitur. Quodsi id tempus praeterierit, ut servitus amittatur, renovare eam cogendus est. S. *Lud.* VITALIS Lection. variar. Lib. II. cap. 11. (in *Thes. Otton.* Tom. II. pag. 672.) Es muß nur nicht etwa die Restitution an dem Eigenthümer des herrschenden Gutes selbst gelegen haben, und darüber die zur Erlöschung der Servitut hinreichende Zeit verstrichen seyn. S. VOET in Comm. h. t. §. 4.

hebt die Servitut nicht auf, weil sie sich mehr auf den Grund und Boden, als auf die Oberfläche bezieht [26]).

II Durch Confusion, wenn beyde Grundstücke an einen Herrn kommen [27]). Hier tritt der Grundsatz ein: *nemini res sua servit.* Hört die Confusion wieder auf, so entsteht die Frage, ob die vorige Servitut wieder auflebe? Simon van Leeuwen [28]) trägt kein Bedenken, sie zu bejahen. Wolfg. Ad. Schöpff [29]) hingegen verneinet sie schlechthin. Allein es ist vielmehr mit Voet [30]) ein Unterschied zu machen, ob die Confusion durch Erwerbung eines blos temporären, oder eines beständigen Eigenthums eingetreten war. Nur in jenem Falle lebt die Servitut wieder auf, wenn die Confusion wieder aufhört [31]). Dieser Fall tritt ein, wenn einem Ehemanne ein ihm vorher dienstbar gewesenes Grundstück zum Brautschatz gegeben worden war, und solches nach getrennter Ehe restituirt wird; oder wenn ein Erbe ein ihm dienstbar gewesenes

26) *L. 13. pr. D. de servitut. praed. rustic.*

27) *L. 1. D. h. t.* Servitutes praediorum *confunduntur*, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit. S. *Gebh. Christ.* BASTINELLER Diss. de confusione. *Vitemb. 1750.* §. 9. sqq.

28) Censur. for. iuris civ. Lib. II. cap. 14. nr. 7.

29) Diss. sist. decadem casuum de revivisentia iurium. *Tüb. 1746.* Cas. IX.

30) Commentar. h. t. §. 3.

31) *L. 70. §. 1. D. de legat. I. L. 116. §. fin. D. eodem. L. 18. D. de servitut. L. 7. §. 1. D. de fundo dot. L. 73. §. 1. D. ad. SCtum Trebell. Fr.* DUARENUS ad L. 18. D. de Servitut. *Oper.* pag. 191. *Ge.* FRANTZKIUS Comm. ad Pand. h. t. nr. 14. und *Aem. Lud.* HOMBERGK zu Bach Diss. de reviviscentia iurium extinctor. *Marb. 1743.* §. 13.

Gut, oder ein solches, dem ein Grundstück des Erben dienstbar war, durch Erbschaftsantretung erhält, solches aber einem Andern unter einer Bedingung vermacht worden ist [32]). In dem andern Falle hingegen lebt die Servitut nicht wieder auf, wenn auch in der Folge die Confusion wieder aufhören sollte, wofern nicht die Servitut ausdrücklich vorbehalten worden ist. Z. B. wenn Jemand ein ihm bisher dienstbar gewesenes Grundstück kauft, und solches nach einiger Zeit wieder verkauft [33]). Ausnahmen finden jedoch statt, 1) wenn Jemand ein ihm dienstbar gegewesenes Grundstück geerbt, die Erbschaft aber an einen Andern verkauft hat. In diesem Falle lebt die durch Confusion erloschen gewesene Servitut aus dem Gründe wieder auf, *quia*, wie **Pomponius** [34]) sagt, *id agitur, ut quasi tu heres videaris extitisse.* Eben dies geschieht, 2) wenn die Erbschaft durch die Inofficiositäts-Querel evincirt worden ist, weil hier die Erbschaft für nicht angetreten gehalten wird [35]), und folglich dem Testamentserben alle vorigen Rechte verbleiben [36]). Es wird übrigens bey der Confusion vorausgesetzt, daß sich dieselbe auf das ganze Grundstück erstrecke. Denn betrifft sie nur einen Theil des

32) S. LAUTERBACH Diss. de confusione. *Tüb. 1660.* §. 21. und *Ge. Frid.* KRAUSE Diss. de servitute reviviscente. *Vitemb. 1755.* §. 4—6.

33) *L. 30. pr. D. de servitut. praed. urban.* WERNHER Observ. for. T. II. P. VIII. Obs. 468. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 2. und KRAUSE cit. Diss. §. 3.

34) *L. 9. D. Commun. praed. L. 2. §. 18. et 19. D. de hered. vel act. vend.* VOET h. t. §. 3. KRAUSE cit. Diss. §. 5.

35) *L. 21. §. fin. D. de inoff. testam. L. 22. C. eod.*

36) S. LAUTERBACH Diss. de confusione §. 23.

des Guts, dem mein Grundstück, oder welches meinem Grundstücke dienstbar war, so dauert die Servitut auf dem übrigen fort [37]).

III. Durch Aufgebung und Entsagung, sofern alle Interessenten dabey einwilligen [38]). Eine solche Entsagung kann auch stillschweigend dadurch geschehen, wenn der Berechtigte dem Herrn des dienenden Guts ausdrücklich etwas erlaubt, was die Ausübung der Dienstbarkeit auf immer unmöglich macht [39]). Das bloße Nichtwidersprechen, oder stillschweigende Leiden einer solchen Handlung enthält jedoch noch keine Remission der Servitut [40]), sondern es geht dadurch nur der Quasibesitz verloren [41]). Der Berechtigte kann jedoch verlangen, daß alles wieder in den vorigen Stand gesetzt werde. Wäre indessen ein Gebäude errichtet worden, ohne die Vollendung desselben durch eine operis novi nunciatio zu hindern; so kann der Berechtigte zwar auf Entschädigung, wegen der vereitelten Servitut, aber nicht auf Abbrechung des Gebäudes klagen

37) *L. 30. §. 1. D. de servit. praed. urb.*

38) *L. 14. §. 1. D. de servitut. L. 34. pr. D. de servitut. praed. rustic.* WESTPHAL §. 876.

39) *L. 8. pr. D. h. t.*

40) *L 5. D. de servitut. praed. urb.* Invitum autem in servitutibus accipere debemus, non eum, qui contradicit, sed eum, *qui non consentit.* Man vergleiche über diese Stelle vorzüglich *Ios. Lud. Ern.* PÜTTMANNI Varia iuris civ. capita. *Lipsiae 1766.* Cap. 3. und *Guil. a* TEISTERBANT Observation. et Emendation. libr. Cap. 33.

41) *L 6. §. 1. D. Si servit. vindic.* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 3. besonders Höpfner im Commentar über die Institut. §. 368.

gen[42]). Uebrigens ist alle Remission streng zu erklären, und kann daher von der einen Servitut auf die andere nicht gezogen werden, wenn dem berechtigten Grundstück etwa mehrere Servituten zustehen sollten[43]).

IV Wenn des Constituenten Eigenthumsrecht ex tunc widerrufen wird[44]). Es tritt hier die Regel ein: resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis[45]).

§. 689. u. 690.

Fortsetzung.

V. Realdienstbarkeiten können auch durch Nichtgebrauch verloren gehen. Nach dem ältern Römischen Rechte war ein Nichtgebrauch von zwey Jahren hinreichend[46]). Allein Justinian verordnet *L.* 13. *Cod. de Servit.* daß alle Servituten durch den Nichtgebrauch in zehn Jahren unter Gegenwärtigen, und in zwanzig Jahren unter Abwesenden erlöschen sollen. Die Worte dieser Verordnung sind schon bey einer andern Gelegenheit[47]) vorgekommen. Ob aber dingliche Servituten durch bloßen Nichtgebrauch verlohren gehen, oder ob sie nicht von Seiten des Eigenthümers des dienstbaren Guts eine Usucapion der Freyheit erfordern, ist streitig. Viele[48]) behaupten das

42) *L.* 28. *D. Communi divid.* VOET in Comm. h. t. §. 5.

43) *L.* 21. *D. de servit. praed. urb.* *L.* 20. *pr. D. de serv. pr. rustic.* COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 4. WESTPHAL §. 875.

44) *L.* 11. §. 1. *D. h. t.* *L.* 105. *D. de condit. et demonstrat.* Ein Anders wäre, wenn die Servitut mit Einwilligung desjenigen constituirt worden ist, an welchen das Eigenthum zurückfällt. *L.* 9. *pr. et* §. 1. *et* 2. *D. de aqua pluv.* WESTPHAL §. 923.

45) S. den 8. Th. §. 577. S. 76. folgg.

46) PAULUS *Sentent. recept.* Lib. I. Tit. 17. §. 1. Servitus hauriendae aquae vel deducendae biennio omissa intercidit.

47) Siehe 9. Th. 2. Abth. S. 369.

48) WALCH Controv. iur. civ. Sect. II. Cap. III. §. 30. *Andr. Frid.* MALLINKROT Diss. de praescriptione servitutum extinctiva. *Ienae 1788.* HAUBOLD ad *Bergeri* Oecon. iuris Tom. I. pag. 354. not. k.

das erstere, und eben so viel[49]) das letztere. Allein nach der richtigern Meinung der meisten Rechtsgelehrten[50]) ist vielmehr ein Unterschied zu machen, ob von servitutibus praediorum urbanorum oder rusticorum die Frage ist. Bey den erstern ist der bloße Nichtgebrauch nicht hinreichend, sondern es muß damit auf Seiten des Eigenthümers des dienstbaren Gutes noch eine Usucapion der Freyheit verbunden seyn, wenn sie verloren gehen sollen. Diese Usucapion besteht bey negativen Servituten darin, daß der Herr des dienenden Grundstücks eine mit der Servitut streitende Handlung unternommen, und der Berechtigte sich dabey beruhiget habe. Z. B. mein Nachbar verbauet mir das Licht, da doch meinem Hause die Servitus ne luminibus officiatur zusteht, und ich habe diesen Bau geschehen lassen, ohne novum opus zu nunciiren. Die bloße Anpflanzung eines Baums auf dem dienstbaren Grundstück, wenn auch dadurch das Licht gehindert wird, ist zur Usucapion nicht hinreichend. Pomponius[51]) führt davon den Grund an: Quia non ita in suo statu et loco maneret arbor, quemadmodum paries, *propter modum naturalem arboris*[52]). Bey den affirmativen Dienstbar-

49) PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 188. RAVE de praescription. §. 109. Höpfner im Commentar über die Institut. §. 363. und Klein in den merkwürdigen Rechtssprüchen der Hallischen Juristen-Facultät. 2. Bd. Nr. VI. S. 89. ff.

50) *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. XIX. cap. 9. *Hub.* GIPHANIUS Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 2. C. de Servitut. pag. 177. *Lud.* VITALIS Lection variar. Lib. II. c. 11. nr. 3. *Rad.* FORNERIUS Rer. Quotidian. Lib. II. c. 12. (in OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 172.) VOET Comm. h. t. §. 11. POTHIER Pand. Iust. T. I. h. t. Nr. IX COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. et ad *Eundem* EMMINGHAUS not. h. *Wolfg. Ad.* SCHOEPFF Diss. de praescriptione servitut. extinctiva. *Tüb. 1716.* Cap. III. §. 15. WESTPHAL de Servit. praed. §. 1109. THIBAUT über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 57. u. 58. und KONOPAK Institution. des röm. Rechts §. 278.

51) *L. 7. D. de servitut. praed. urb.*

52) Die Worte *propter motum naturalem arboris* werden auf sehr verschiedene Art erklärt. Man sehe *Ev.* OTTONIS Praefat ad

Tom.

barkeiten hingegen besteht die Usucapion darin, daß der Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks die zur Ausübung der Servitut erforderlichen Anlagen zerstört, und sich dadurch in den Besitz der natürlichen Freyheit gesetzt habe. Hierher gehört die ganz entscheidende *L.* 6. *D. de Servitut. praed. urb.* wo Cajus sagt: Haec autem iura similiter, ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore non utendo pereunt: nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, *si vicinus simul libertatem usucapiat:* veluti, si aedes tuae aedibus meis serviant, *ne altius tollantur, ne luminibus meorum aedium officiatur*, et ego per statutum tempus fenestras meas perfixas habuero, vel obstruxero: *ita demum ius meum amitto*, *si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris;* alioquin, si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si *tigni immissi* aedes tuae *servitutem* debent, et ego exemero tignum, ita demum amitto ius meum, *si tu foramen, unde exemtum est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus ita habueris:* alioquin, si nihil novi feceris, integrum ius meum permanet. So viel die Servitutes rusticas anbetrifft, so ist bey diesen, da sie zu ihrer Ausübung blos wiederholte Handlungen von Seiten des Berechtigten erfordern, schon der bloße Nichtgebrauch zu deren Verlust hinreichend. Dieser Unterschied, welcher in der Natur der Sache selbst gegründet ist, ist durch die *L.* 13. *C. de Servit.* keinesweges aufgehoben worden, da sich diese Verordnung offenbar nicht weiter, als auf die Zeitbestimmung erstreckt, welche beym Verlust aller Servituten durch Nichtgebrauch die nämliche seyn soll[53]). Ich muß hier noch folgendes bemerken.

1) Ich

Tom. II. *Thes. iur. Rom.* pag. 16. Die richtigste Erklärung giebt ohne Zweifel *Ge.* D'ARNAUD Vitae Scaevolar. Diss. postum. (*Traj. ad Rhen. 1767.* 8.) §. 41. wenn er sagt: *Intelligebat Mucius naturalem vegetationem arboris, quae cum identidem novis succis alitur, non eadem semper, sed nova esse censebatur, adeoque ad usucapionem, quemadmodum aedificium, prodesse non poterat.*

53) S. Gros Geschichte der Verjährung S. 79.

1) Zur Usucapion der Freiheit wird, wie zu jeder andern erwerbenden Verjährung, auf Seiten des Eigenthümers des dienstbaren Guts ein ununterbrochener Besitz[54]) und guter Glaube erfordert, letzter bestehe nun entweder in einer gänzlichen Unwissenheit der auf seinem Grundstück haftenden Servitut, oder in der Ueberredung, daß der Berechtigte dem dienstbaren Gute die Servitut erlassen habe[55]). Dahingegen kann bey der Aufhebung einer Servitut durch bloßen Nichtgebrauch von einer bona fides um deshalb keine Rede seyn, weil es hier nicht auf eine Handlung von Seiten desjenigen, dem das dienstbare Gut gehört, sondern blos auf eine Unterlassung von Seiten dessen ankommt, dem die Servitut zustand[56]).

2) Soll eine Prädial-Servitut durch Nichtgebrauch erlöschen, so muß der Nichtgebrauch a) freywillig, b) imputabel, und c) total gewesen seyn. Der Berechtigte muß also die Servitut weder selbst, noch durch andere ausgeübt haben, ohnerachtet es ihm nicht an Gelegenheit fehlte[57]).

3) Ist die Realservitut auf eine solche Art bestellet worden, daß sie nur ein Jahr um das andere, oder nur zu gewissen Zeiten im Jahre, z. B. nur im Sommer, oder blos im Winter, oder wohl gar nur alle drey Jahre einmal ausgeübt werden darf, so geht sie erst in 20 Jahren verloren[58]), ohne daß es hier weiter auf den Unterschied der Gegenwart und Abwesenheit ankommt[59].)

4) Wech-

54) *L. 32. §. 1. D. de servit. praed. urb.* VOET h. t. §. 8. Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 18. Gros Geschichte der Verjährung S. 61. f.

55) RAVE de praescript. §. 112. PUFENDORF Tom. III. Obs. 188. §. 39. HOFACKER Tom. II. §. 1109.

56) Gros Geschichte der Verjährung S. 63. f.

57) *L. 5. L. 6. L. 12. L. 18. L. 20. 21. 22 — 24. D. h. t.*

58) *L. 7. D. h. t. L. fin. C. de servitut.*

59) VOET in Comm. h. t. §. 7. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 3. et 4. Thibaut über Besitz und Verjährung S. 155. anderer Meinung sind *Pet. Franc.* LINGLOIS Quinquag. Decis. Iustin. Decis. VIII. Qu. I. nr. 8. pag. 77. und WESTPHAL §. 883.

4) Wechselt hingegen eine Servitut blos nach Tagen oder Stunden ab, so ändert dieser Umstand nichts in Absicht auf die Verjährungszeit[60]).

5) Hat man eine Realservitut nur zum Theil ausgeübt, so schadet dies der Servitut nicht, sie wird dadurch dennoch im Ganzen erhalten. Z. B. ich habe mich des Fuhrwegs blos zum Fußsteige bedient[61]). Hat hingegen

6) der Berechtigte die Servitut auf eine andere, als die bestimmte Art ausgeübt, so geht auch dadurch die Servitut verloren[62]). Indessen kann man die andere Art der Servitut, die man statt der wirklichen ausgeübt hat, durch Verjährung erwerben, wenn die Erfordernisse derselben vorhanden sind[63]).

VI. Durch Eintritt der Bedingung, oder des Zeitpuncts, von deren Eintritt ihr Ende abhängig gemacht war, endiget sich eine Realservitut in sofern, daß dem Berechtigten die exceptio doli oder pacti entgegen gesetzt werden kann, wenn er actione confessoria gegen den Eigenthümer des dienstbar gewesenen Gutes nach Ablauf der Zeit klagen wollte[64]).

60) *L. 7. D. h. t.* WESTPHAL §. 881.

61) *L. 18. D. de serv. praed. rust. L. 2. D. h. t.* WESTPHAL §. 888.

62) *L. 10. §. 1. D. h. t. L. 18. pr. D. eod. L. 17. pr. D. de aqua pluv.*

63) WESTPHAL §. 891.

64) *L. 4. D. de servit.* WESTPHAL §. 800. not. 716.

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Zehnten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm.

1808.

Lib. IX. Tit. I.

Si quadrupes pauperiem feciſſe dicatur.

§. 691.

Zuſammenhang dieſes Buchs.

Wir haben nun die dinglichen Klagen kennen gelernt, welche aus dem Erbrechte, dem Eigenthume, und dem Rechte der Servitut entſtehen. Nach der Ordnung ſollte jetzt die Lehre vom Pfandrechte folgen. Allein da Pfänder gewöhnlich zur Beſtärkung der Contractsverbindlichkeiten beſtellt zu werden pflegen, ſo wird davon erſt nach den Lehren von Contracten gehandelt (Lib. XX.). Die Verfaſſer unſerer Pandecten kommen daher jetzt auf die perſönlichen Klagen. Dieſe ſind entweder Contractsklagen, oder ſie gehen auf ſolche Forderungen, die nicht durch Contracte begründet worden ſind. Zu den letztern gehören die verſchiedenen Entſchädigungsklagen.

§. 692.

Ueberſicht der mancherley Entſchädigungsklagen.

Es laſſen ſich, um die mancherley Entſchädigungsklagen des Römiſchen Rechts mit einem Blick überſehen zu können, folgende Fälle unterſcheiden.

Einen Schaden konnte man erlitten haben entweder von einer fremden leblosen Sache, oder von einem fremden Thiere, oder von einem freyen Menschen, oder von einem fremden Sklaven.

I. Wenn die leblose Sache eines Eigenthümers Jemanden beschädiget, so concurrirt entweder

1) eines Menschen Schuld dabey; dann hat die *actio legis Aquiliae* Statt, wovon der folgende Titel handelt; oder

2) der Schade ist ohne eines Menschen Schuld geschehen. Hier ist wieder zu unterscheiden.

a) Die Sache des Eigenthümers fällt auf die öffentliche Strasse, und beschädiget einen Vorübergehenden. Hier kann der Eigenthümer durch keine Entschädigungsklage in Anspruch genommen werden. Z. B. ein Ziegel fällt vom Dache bey einem entstehenden Sturmwinde, und verletzt einen Vorübergehenden [1]).

b) Die Sache des Eigenthümers fällt auf das Grundstück des Nachbars, und beschädiget dessen Eigenthum. Hier kann der Beschädigte eigentlich nur die auf sein Grundstück gefallene Sache retiniren, bis ihm der Schade ersetzt ist [2]). Eine Entschädigungsklage steht dem Nachbar deswegen nicht zu, ausgenommen wenn er sich entweder durch eine cautio damni infecti auf den Fall eines möglichen Einsturzes vorsahe, oder wenn es dem Beschädigten wegen Abwesenheit in öffentlichen Geschäften, oder wegen

1) *L. 5. §. 2. D. ad L. Aquil.* S. Thibaut Versuche 2. Bd. S. 223. und HOMMEL Rhapsod. quaest. Vol. VI. Obs. 705.

2) *L. 6. L. 7. §. 2. D. de damno inf.*

wegen Kürze der Zeit unmöglich war, Caution zu fordern. Hier kann er doch gegen den Eigenthümer des eingestürzten Gebäudes auf Ersatz des Schadens klagen, insofern dieser noch das Gebäude als sein Eigenthum behalten will [3]). Ein Mehreres hiervon in dem Tit. de damno infecto. Lib. XXXIX. Tit. 2.

II. Wenn ein Thier Schaden gethan hat [4]), so ist es entweder

A) ein wildes Thier, und dieses befindet sich entweder

a) in dem Eigenthume eines Herrn. Hier braucht der Eigenthümer des wilden Thiers den Schaden nicht zu ersetzen, wenn er dabey ausser Schuld ist [5]). Denn vor einem wilden Thiere muß sich ein jeder hüten, daß er ihm nicht zu nahe kommt. Wer das nicht thut, ist selbst an seinem Schaden schuld [6]). Wäre hingegen der Schaden

3) *L. 9. pr. D. eodem.* S. SCHOEMANS Handbuch des Civilrechts 1. Bd. S. 192.

4) S. *Io. Clam. Aug. von dem* BUSCHE Diss. Dominum ex facto animalis praeter culpam non obligari. *Lipsiae 1729. Io.* THOMAE Tr. de noxa animalium. *Francof. ad Moen. 1690.* 8. *Frid. Ad. van der* MARCK Disp. de eo, quod iustum est circa pauperiem ab animalibus factam. *Lingae 1781.* 8.

5) *Pr. I. h. t.* Caeterum si genitalis sit feritas: cessat actio. — *L. 1. §. 10. D. h. t.* In bestiis autem, *propter naturalem feritatem*, haec (de pauperie) actio locum non habet.

6) *Ian. a* COSTA in Comment. ad princ. I. h. t. giebt noch den Grund an; *quia lex 12. tabb. ita a Decemviris scripta, ut de ea re nihil meminerit: cum prisca et antiqua urbis frugalitas nondum feras bestias invexisset, quae ad voluptatem spectaculorum comparabantur magis, quam ad usum et necessitatem.*

durch eine Verschuldung des Eigenthümers geschehen, z. B. er hat das Thier nicht gehörig verwahrt, oder es an einem solchen Orte gehalten, wo der Zugang von Menschen ist; so findet

1) eine Pönalklage *ex Edicto aedilitio* Statt, welche auf die Strafe des doppelten Ersatzes geht, wofern sich der Schaden taxiren läßt, oder auf eine Strafe von 200 Solidis, wenn ein freyer Mensch dadurch getödet worden ist [7]). Heutzutage findet statt dieser Privatstrafe eine arbiträre öffentliche Strafe Statt [8]).

2) Eine Klage auf simple Entschädigung, nämlich die *actio de pauperie utilis* [9]).

b) Das wilde Thier hat keinen Herrn. Dann gehört es entweder

aa) zur

7) *L. 40. 41. et 42. D. de aedil. Edict.* S. *Ev.* OTTONIS lib. de tutela viarum publicarum. (*Traj. ad Rhen. 1731.*) pag. 425 — 470. *Io. Leonh.* WINTGENS Diss. de animalibus ferocibus, qua vulgo iter fit, non habendis. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertat. Belgicar.* Vol. I. Tom. II. Nr. XIV.) und *Christ. Gottl.* HÜBNERI Observationes Edicto viario Aedilium curulium adspersae. *Lipsiae 1798.* 4.

8) Peinl. Gerichtsordnung Carls V. Art. 136. und *Can. 8. Caus. XXIII.* qu. 5. S. WINTGENS Cit. Diss. Cap. VI. in. fin. und Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 5. Bd. §. 1221.

9) §. 1. *I. h. t.* Praeter has aedilitias actiones et *de pauperie* locum habebit. Add. *L. 4. D. eodem.* S. HÜBNER Observat. cit. Cap. 2. pag. 10. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4015.

aa) zur Jagd, ſo daß man ſolches, wenn man nicht zur Jagd berechtiget iſt, nicht erlegen darf. Hier kann gegen den Herrn der Jagd auf Schadenserſatz geklagt werden. *Nam, qui occaſionem praeſtat, damnum feciſſe videtur* [10]). Die Klage iſt die *actio in factum* [11]). Oder

bb) es iſt eine herrnloſe Sache, die Jeder occupiren kann. Hier fällt alle Klage weg, wenn das Thier auch vorher einen Herrn gehabt hätte, aus deſſen cuſtodia es durch Gewalt auf eine ſolche Art entwiſcht iſt, daß ſein Eigenthum daran aufgehört hat. Es haftet der vorige Eigenthümer für keinen Schaden mehr. Der Beſchädigte kann ſich alſo blos an das Thier halten, ſofern er ſich deſſelben zu bemächtigen im Stande iſt [12]).

B) Iſt das Thier, welches den Schaden gethan hat, ein zahmes Thier, ſo wurde der Schaden entweder

1) durch die Schuld eines Menſchen veranlaßt, und zwar entweder

10) *L. 30. §. 3. D. ad Leg. Aquil.*

11) S. *Io. Mich.* SEUFFERT Progr. de damno per ferarum incurſus in agris, pratis, vineisque dato, ab eo, cui ius venandi competit; ex iuris germanici praeſcriptis reſarciendo. *Wirceburgi 1788.* 8. und Runde Grundſätze des allgemeinen teutſchen Privatrechts §. 160.

12) *L. 1. §. 10. D. h. t.* Si urſus fugit, et ſic nocuit, non poteſt quondam dominus conveniri: quia deſinit dominus eſſe, ubi fera evaſit, et ideo, et ſi eum occidi, meum corpus eſt.

a) des Beschädigten selbst. Hier kann von keinem Ersatz die Rede seyn. *Nam damnum, quod sua quisque culpa sentit, sentire non intelligitur* [13]). Oder

b) des Eigenthümers des Thieres. Dann ist dieser unbedingt zum Schadensersatz verbunden [14]). Die Klage ist hier die *actio Legis Aquiliae*. Oder endlich

c) eines Dritten. Dieser hat das Thier gereizt, den Hund gehetzt, oder das Pferd geschlagen, oder verwundet, daß es vor Schmerz ausschlug, und Jemanden verletzte. Dann haftet dieser zunächst mit der *actione Legis Aquiliae*, oder *actione in factum* für den Schaden [15]). Wäre aber von diesem keine Entschädigung zu erhalten, so kann auch der Eigenthümer subsidiarisch mit der *actio de pauperie* in Anspruch genommen werden [16]). Zuweilen finden noch andere Klagen Statt; z. B. *actio de recepto* [17]). Man setze folgenden Fall. Ich führe mein Pferd in einen Gasthof, und übergebe es dem Wirth. Dieser führt es in einen Stall zu andern Pferden, begeht aber die Unvorsichtigkeit, daß er keinen Baum zwischen mein Pferd und die andern legt. Daher wird mein Pferd von einem andern geschlagen. Hier klage ich gegen den Wirth mit der *actio in factum de recepto*.

Ist

13) *L.* 203. *D. de Reg. iur. L.* 2. §. 1. *D. h. t.*

14) *L.* 52. §. 2. *D. ad L. Aquil.*

15) *L.* 1. §. 4. 5. 6. *et* 7. *D. h. t.*

16) S. *Mich. God.* WERNHER lectiſſim. Commentat. in Pandect. Tom. I. h. t. §. 5. und THIBAUT Syſt. des Pandect. Rechts 2 Bd. §. 979.

17) S. Schmidts Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von Klagen. 5. Bd. §. 1222. S. 85.

Iſt der Schade durch Abweiden oder Wegfreſſen geſchehen, ſo ſind folgende Fälle zu unterſcheiden.

aa) Das Hintreiben des Viehes zur Weide geſchahe abſichtlich; und dann hat entweder

α) der Eigenthümer ſein Vieh auf ein fremdes Grundſtück zur Weide getrieben, in der Abſicht zu ſchaden. Hier hat *actio de paſtu pecoris* Statt. Oder er hat

β) das Vieh auf ſein Grundſtück hingetrieben, um daſelbſt befindliche fremde Sachen wegzufreſſen. Hier hat *actio in factum* Statt.

Beyde Klagen ſind gegründet in der *L.* 14. §. 3. *D. de praeſcriptis verb. et in fact. actionib.* wo **Ulpian** ſagt: Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat, eamque ego, *immiſſo pecore*, depaſcam, *Ariſto* ſcribit, non ſibi occurrere legitimam actionem, qua experiri poſſis [18]). Nam neque ex Lege duodecim Tabularum *de paſtu pecoris*, quia non *in tuo* paſcitur; neque de pauperie, neque damni iniuriae [19]) agi poſſe: *in factum* itaque erit agendum.

Es iſt hieraus klar, daß beyde Klagen abſichtliche Beſchädigung durch Hintreiben des Viehes zur Weide vor-

18) Die Florentine lieſet *peſſim.* Dafür hat unſer *Cod. Pand. Erlang. membr.* richtiger *poſſis.* Eben ſo lieſet auch BAUDOZA CESTIUS.

19) Dieſe Leſeart, welche unſer Erlanger Codex, auch Haloander und Hugo a Porta (edit. *Lugdun.* 1572. f.) haben, iſt der Florentiniſchen: *de damni iniuriae* unſtreitig vorzuziehen, wie auch Brenkmann in dem Gebauerſchen Corp. iuris bemerkt hat.

ausſetzen. Das Fragment in dem Geſetz der zwölf Tafeln, worauf ſich **Ulpian** bezieht, iſt zwar mangelhaft, es lautet ſo: *Quei Pecu. Endo. Alieno. Impeſcit* [20]), d. h. wer ſein Vieh auf eines Andern Grundſtück zur Weide treibt. Indeſſen dient es doch immer zum Beweiſe, daß die *actio de paſtu pecoris* abſichtliche Beſchädigung durch Abweiden fremder Felder zu ihrer Begründung erfordere [21]). Nach **Pomponius**, deſſen Meinung auch **Ulpian** *L.* 9. §. 1. *D ad exhib.* billiget, findet jedoch in dem Falle, da wegen des Abweidens die *actio in factum* gegeben iſt, auch die *actio ad exhibendum* Statt. Glans ex arbore tua, ſagt **Ulpian**, in fundum meum incidit, eam

20) Siehe Tab. VII. de delictis in *Iac.* GOTHOFREDI Fontib. quatuor iuris civ. (bey OTTO in *Theſ. iur. Rom.* T. III.) und GOTHOFREDUS Lib. III. Probation. ad Tab. 7. cit.

21) Daß **Ulpian** in dem *lib. XLI. ad Sabinum*, woraus *L. 14. §. 3. cit.* genommen iſt, faſt durchaus nur von wirklichen Vergehungen gehandelt habe, erhellet aus den übrigen daraus entlehnten, und in den Pandecten befindlichen Fragmenten. *L. 57. D. de iudic. L. 41. D. ad L. Aquil. L. 35. de nox. act. L. 4. de condict. furt. L. 1. de privat. delict. L. 3. L. 5. L. 7. 23. 25. 27. 29. 31. 33. 36. 39. 41. 43. 45. D. de furt.* S. *Iac.* GOTHOFREDUS in IV. Fontib. iuris civ. Lib. V. ad Tab. VII. Verb. *Si quadrupes pauperiem.* (bey OTTO in *Theſ. iur. Rom.* Tom. III. pag. 175.) Thibaut Verſuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 2. B. Abh 8. S. 225. folg. Vorzüglich auch die Jenaiſche allgem. Litterat. Zeitung v. J. 1807. Nr. 28. S. 222. Anderer Meinung ſind jedoch *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejuſtin. ad PAULI Sentent. *Recept.* Lib. I. Tit. 15. §. 1. Not. 4. pag. 253. HUFELAND im Lehrbuch des Civilrechts I. B. §. 599. Not. 1. S. 248. und SCHOEMAN im Handb. des Civilrechts I. B. S. 201.

eam ego immiſſo pecore depaſco, qua actione poſſum teneri? *Pomponius* ſcribit, competere actionem ad exhibendum, *ſi dolo pecus immiſi*, ut glandem comederet. Wo alſo die Abſicht zu ſchaden wegfällt, und

bb) das Weiden des Viehes auf fremden Grundſtücken durch eine bloße Culpa des Andern geſchahe, da findet nur die gewöhnliche *actio Legis Aquiliae* Statt. Hierher gehört die *L. 6. Cod. de Lege Aquil.* wo die Kaiſer **Diocletian** und **Maximian** reſcribiren: De his, quae *per iniuriam depaſta* contendis, *ex ſententia Legis Aquiliae* agere minime prohiberis.

2) Hat ein zahmes Thier Schaden angerichtet, ohne daß die Schuld eines Menſchen dabey concurrirt; ſo hat es entweder

a) *contra naturam ſui generis* geſchadet; d. h. es hat ein zahmes Thier ungereizt, in einem Ausbruche von Wildheit, die ſonſt dem gewöhnlichen Betragen und Naturtriebe dieſer Thiergattung nicht gemäß iſt, Schaden angerichtet; z. B. ein Pferd hat von freyen Stücken ausgeſchlagen, oder ein Ochs geſtoßen, oder ein Hund Jemanden angefallen. Ein ſolcher Schade wird im eigentlichen Sinn *pauperies*[22]) genennt, die Klage ſelbſt aber, welche der Beſchä-

22) *L. 1. §. 3. D. h. t. Pauperies* eſt damnum, ſine iniuria facientis datum: nec enim poteſt animal iniuria feciſſe (oder wie *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. ad Pand. Diſſ. X. ad Lib. IX. §. 1. durch Gemination leſen will: *iniuria affeciſſe*) quod ſenſu caret; und in *L. 1. §. 7. h. t.* heißt es: Et generaliter haec actio (ſc. *de pauperie*) locum habet, quotiens *contra naturam* fera

Beschädigte gegen den Eigenthümer des Thieres anstellen kann, ist die *actio de pauperie* [23]).

b) Das

fera mota *pauperiem* dedit. S. DIDEMANN Obss. ad doctrinam de damno et pauperie. *Lipsiae 1804.* Auf eine andere Art erklärt *Franc.* SCHOEMAN im Handbuch des Civilrechts 1. Band S. 197. ff. die Ausdrücke *contra naturam* und *secundum naturam.* Er will sie nicht auf das Thier, sondern auf den Act der Beschädigung beziehen, und blos darin ein Unterscheidungsmerkmal der *actio de pauperie* von der *actione de pastu* finden. Er sagt nämlich: das thierische äußere Wirken ist entweder seiner Natur nach von der Art, daß es schlechterdings das bürgerliche Eigenthum beeinträchtigen muß, oder nicht. Von jener Art ist das Weiden und Abfressen. Dies ist ein unzertrennlich mit Schadenzufügung verknüpftes Wirken der thierischen Natur. Also ein *damnum secundum naturam datum.* Dafür entschädigten die Zwölftafelgesetze nach Ulpians Zeugniß den Verletzten vermittelst der *actio de pastu.* Alle andern Ausbrüche des thierischen Triebes sind nicht absolut, sondern nur zufällig beschädigend, d. h. sie können Schaden verursachen, aber unzertrennlich sind sie damit nicht verbunden. Der Schade liegt also nicht in ihrer Natur; geschieht *contra naturam,* und wird vermittelst der *actio de pauperie* vindicirt. Allein so sinnreich auch diese Erklärung ist, so wenig scheint sie doch der Ansicht der Gesetze gemäß zu seyn. Auch abgesehen davon, daß eine solche Construction schon an sich etwas gezwungenes hat, so streiten auch die angeführten Gesetze dagegen. Denn die *L. 1. §. 7. h. t.* sagt nicht fera pauperiem contra naturam fecit, sondern *contra naturam mota* pauperiem fecit; und nach *L. 1. §. 10. D. eod.* soll keine Klage Statt haben, wenn ein Thier aus natürlicher Wildheit geschadet hat, ohne daß ein Versehen des Eigenthümers dabey vorgegangen ist. Daß der gesetzliche Ausdruck *contra naturam* auf das Thier gehet, welches den Schaden anrichtet, und nicht auf den Act der Beschädigung, beweißt noch insonderheit eine Stelle aus der griechischen Paraphrase

des

b) Das Thier hat *ſecundum naturam ſui generis* geſchadet, indem es ſeinem Naturtriebe folgte. Hier laſſen ſich wieder folgende Fälle gedenken.

1) Das

des Theophilus über die Inſtitutionen Lib. IV. Tit. 9. princ. wo es heißt: Χώρα δέ ἐστι τῷ νοξαλίῳ δυωδεκαδέλτῳ ἐπὶ ἐκείνων τῶν ζώων, ἃ τινα παρὰ φύσιν ἀγριούμενα ἕτερον βλάπτουσιν. εἰ γὰρ ἔμφυτος αὐτοῖς ἐστιν ἡ ἀγριότης, ἀρχεῖ ὁ δυωδεκάδελτος. i. e. *Locus autem eſt noxali ex XII. Tabb. in iis animalibus, quae praeter naturam efferata alium laedunt: nam ſi naturalis illis ineſt feritas, ceſſat Lex XII. Tab.* ſo nach der Reitziſchen Verſion Tom. II. pag. 859. Man ſehe auch noch VOET in Comm. h. t. §. 4.

23) Die Klage ſtammt aus den Zwölftafelgeſetzen her. Denn in der Tab. VII. heißt es nach GOTHOFREDUS in Fontib. IV. iur. civ. *Si quadrupes pauperiem faxit, dominus noxae aeſtimiam offerto: Si nolet, quod noxit, dato.* Nach einer Stelle in PAULI *Sentent. Recept.* Lib. I. Tit. 15. §. 1. ſoll das nämliche, inſonderheit wegen der Hunde, auch durch eine *Lex Peſulania* verordnet ſeyn. Allein was dies für ein Geſetz ſey, läßt ſich nicht ausfindig machen. Viele halten die Leſeart für unrichtig, und leſen mit Cujaz und Auguſtin *Lege Solonia*, weil Solon nach Plutarch und Plato ein gleiches verordnet haben ſoll. Allein dagegen hat *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejuſt. pag. 253. not. 8. ſehr gründlich erinnert, daß ſchwerlich zu glauben ſey, daß Paulus in einem Buche, welches die Hauptgrundſätze des beſtehenden Rechts in der Kürze darſtellen ſollte, ſich werde auf das Geſetz eines griechiſchen Geſetzgebers berufen haben. *Io.* VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 6. will daher lieber *Colonia* leſen. Es iſt freylich glaublicher, daß vielleicht durch ein Municipalgeſetz die Verordnung wegen der Hunde, deren Paulus gedenkt, gemacht worden ſey, wie auch HÜBNER in Obſſ. ad Edictum viarium Aedil. curul. cap. 3. pag. 18. dafür hält. Man ſehe übrigens noch BOUCHAUD

1) Das Thier wurde von einem andern Thiere gereizt oder angefallen, und beschädigte auf diese Art einen Dritten. Hier findet gegen den Eigenthümer desjenigen Thiers, durch welches das andere, welches den Schaden gethan hat, gereizt wurde, nicht gegen den Eigenthümer des letztern die *actio de pauperie* Statt [24]). Hat ein Thier das andere angegriffen, und in diesem Kampfe eins das andere getödet,

CHAUD Commentair sur la Loi des douze Tables p. 178. und *I. M.* MARTINI Diss. de indole actionum de pauperie et de pastu. *Rostochii 1794.*

24) *L. 1. §. 8. D. h. t.* Et, si alia quadrupes aliam concitavit, ut damnum daret, eius, *quae concitavit*, nomine agendum erit. Hat ein Thier zwar dem andern die Veranlassung gegeben, durch Wildheit zu schaden, jedoch ohne Concitation, so muß gegen den Herrn desjenigen Thiers geklagt werden, welches den Schaden gethan hat. Ein Beyspiel giebt *Alfenus L. ult. D. h. t.* Agaso cum in tabernam equum deduceret, mulam equus olfecit, mula calcem reiecit, et crus Agasoni fregit. Consulebatur, possetne cum domino mulae agi, quod ea pauperiem fecisset? Respondi, posse. Man sehe über diese Stelle *Car. Christph.* HOFACKER Diss. ad Fragmenta, quae ex *Alfeni Vari* libris XL. Digestorum supersunt. (*Tubingae 1775.* 4.) pag. 20. wo die sehr richtige Bemerkung gemacht wird: *Sine dubio* ALFENUS *sensit, ad damnum dandum animal non concitare, nisi tale quid faciat, quod non possit non alterius iram movere; cuius generis id non sit, si equus mulam olfaciat, cum coitum appetere naturale sit in animalibus.* Fast eben so dachte auch der griechische Scholiast ad Basilikῶν Libr. LX. Tit. 2. Const. ult. nach Fabrot Tom. VII. pag. 41. wo er dem Einwurfe aus *L. 5. §. 8. h. t.* so begegnet: ἀλλα τὸ ὀσφραν θῆναι οὐκ ἔστιν ἐρεθισαι. κατὰ φύσιν γάρ ἐστι τοῖς ζώοις. i. e. *Sed olfacere non est concitare: hoc enim est naturale in animalibus.*

getödet, ſo kann der Eigenthümer des letztern den Eigenthümer des erſtern mit der *actio de pauperie* nur dann belangen, wenn das getödete Thier der angegriffene, nicht aber, wenn es der angreifende Theil geweſen war [25]). Läßt ſich nicht erweißlich machen, welches Thier das andere ange-

25) *L. 1. §. 11. D. h. t.* Cum arietes vel boves commiſiſſent, et alter alterum occidit, *Quintus Mucius* diſtinxit, ut ſiquidem is periſſet, qui adgreſſus erat, ceſſaret actio: ſi is, qui non provocaverat, competeret actio. Quamobrem eum ſibi aut noxam ſarcire, aut in noxam dedere oportere. Man erklärt ſich den Grund dieſer Entſcheidung gewöhnlich ſo, daß der Trieb ſich zu vertheidigen von der Natur auch den Thieren eingepflanzt, und nach den Begriffen der Stoiker für ein natürliches Recht gehalten worden ſey. Man habe alſo hier gleichſam einen Schatten von einem auch unter Thieren ſtatt habenden Rechte der Nothwehr. Der Eigenthümer des angreifenden Thiers, glaubt man daher, müſſe darum haften, weil das Thier nach den Grundſätzen der Stoiker in dieſem Falle die Gränzen des natürlichen Rechts überſchritten habe, hingegen hafte der Herr des angegriffenen Thiers darum nicht, weil ſich das Thier des Rechts der Nothwehr bedient, und alſo ſecundum naturam gehandelt habe. S. GROTIUS de iure B. et P. Lib. I. Cap. 2. §. 3. nr. 2. VOET in Comm. h. t. §. 5. HUBER Praelect. ad Inſtit. Lib. IV. Tit. 9. §. 1. und HOMMEL in Opuſc. iur. P. I. pag. 93—95. Allein andere erklären ſich die Verbindlichkeit des Eigenthümers des angreifenden Thiers natürlicher daraus, daß jener nicht außer Schuld ſey, wenn er die Unart ſeines Thiers kannte, und es nicht unſchädlich zu machen ſuchte. S. WINTGENS oben angef. Diſſertat. de animalibus ferocibus Cap. VI. (in OELRICHS *Theſ. Diſſert.* Belgicar. Vol. I. Tom. II. pag. 176.) und HÜBNER in Obſſ. ad Edictum viarium. Cap. 2. pag. 12. et 13.

angegriffen habe, so fällt nach dem Römischen Rechte die Klage weg [26]).

2) Das Thier hat ungereizt durch einen zufälligen, bey dieser Thierart nicht ungewöhnlichen, Umstand geschadet. Z. E. ein Pferd stolpert oder stürzt auf einem bergabgehenden Wege, und beschädiget Jemanden oder eines Andern Sache im Fallen. Hier findet gar keine Klage statt. Quodsi neque mulae neque homines in causa essent, sagt ganz entscheidend Alfenus *L.* 52. § 2. *D. ad Leg. Aquil.* sed mulae retinere onus nequissent, aut, cum conniterentur, *lapsae concidissent*, et ideo plostrum cessim redisset, atque hi, quo conversum fuisset, onus sustinere nequissent: *neque cum domino mularum, neque cum hominibus esse actionem* [27]).

3) Das Thier hat durch Abweiden oder Wegfressen, oder durch irgend eine andere Handlung, seinem Naturtriebe gemäß, ohne eines Menschen Schuld geschadet. Hier ist es streitig, ob eine Klage, und welche eigentlich Statt finde. Viele [28]) sagen, wenn der Schade durch Abweiden

26) Arg. *L.* 45. §. 3. *D. ad Leg. Aquil.* S. VOET Comment. h. t. §. 5.

27) S. HOFACKER Diss. ad Fragmenta Alfeni Vari. pag. 31.

28) VOET h. t. §. 1. WISSENBACH Exercitat. ad Pandect. Disputat. XXII. Th. 3. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 9. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 7. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4013. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 446. Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1170. SCHOEMAN Handbuch des Civilrechts. I. B. S. 197. ff. u. a. m.

Abweiden oder Wegfreſſen geſchehen iſt, ſo habe *actio de paſtu* Statt, wäre er aber auf andere Weiſe geſchehen, ſo müſſe der Beſchädigte den Eigenthümer des Thiers durch die *actio in factum*, oder *actio de pauperie utilis* in Anſpruch nehmen. Allein in den Geſetzen iſt dieſe Meinung nicht gegründet. Denn die *L.* 14. §. 3. *D. de praeſcr. verb.* redet, wie bereits oben gezeigt worden iſt, von abſichtlicher Beſchädigung durch Hintreiben des Viehes zur Weide. Es läßt ſich auch hier, wo von einer an ſich nicht verſchuldeten, mithin von der Regel des Rechts im Ganzen abweichenden Verantwortlichkeit die Rede iſt, eine analogiſche Schlußfolge nicht wohl rechtfertigen. Vielmehr ſtreitet die ganze Analogie des Rechts entgegen, wie Thibaut [29]), dem auch Weber [30]) beyſtimmt, ſehr einleuchtend gezeigt hat. Ohne Schuld eines Menſchen läßt ſich nur dann eine Klage annehmen, wenn das Thier in einem Ausbruche von Wildheit, feritate contra naturam mota, der Aufſicht entwich, und ſich zu der Beſchädigung in Stand ſetzte. Alsdann wäre aber die Klage keine andere, als die *actio de pauperie*, wenn gleich der Schaden durch Abweiden geſchehen wäre. Denn daß unter dieſen Umſtänden ſich auch das Abweiden zu einer pauperies qualificire, erhellet ganz klar aus einer Stelle des Paulus [31]), welcher ſagt: Si qua-

29) Verſuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 2. Band 8. Abth. S. 209. ff.

30) Zu Höpfners Commentar §. 1170. Not. *) S. 1119. folg.

31) *Sentent. Receptar.* Lib. I. Tit. 15. §. 1. bey SCHULTING in *Iurisprud. Antejuſt.* pag. 252. Man vergl. auch *Io. Clam. Aug.* von dem Buſche Diſſ. dominum ex facto animalis praeter culpam non obligari. Cap. II. §. 34. not. t. pag. 38.

quadrupes pauperiem fecerit, damnumve dederit, *quidve depaſta ſit*, in dominum actio datur, ut aut damni aeſtimationem ſubeat, aut quadrupede cedat.

III. Wenn der Schaden von einem freyen Menſchen und zwar dadurch geſchieht, daß er durch eine poſitive rechtswidrige Handlung eine fremde körperliche Sache verletzt oder vernichtet, ſo wird ein ſolcher Schade *damnum iniuria datum* genennt, und gegen den Thäter die *actio legis Aquiliae* angeſtellt. Endlich

IV. wenn der Schade von einem fremden Sklaven durch eine Handlung geſchahe, wegen deren er ſelbſt als freyer Menſch hätte belangt werden können, ſo hieß ein ſolcher Schaden *noxa* oder auch *noxia*, und die Klage, welche aus der rechtswidrigen Handlung eines ſolchen Sklaven gegen den Herrn deſſelben angeſtellt wurde, *actio noxalis*. Es iſt jedoch zu bemerken, daß auch von Thieren, welche Schaden angerichtet haben, die Ausdrücke *noxa* und *noxia* gebraucht werden, welche überhaupt in verſchiedenen Bedeutungen vorkommen [32]). *Noxa* ſ. *noxia* heißt nämlich 1) der Schade ſelbſt, z. B. *noxam dare*, *noxam ſarcire* [33]). 2) Die Handlung, wodurch der Schade geſchehen iſt. So ſagt Ulpian [34]): animal, quod nocuit, id eſt, id animal, *quod noxiam commiſit.* NOXIA autem eſt ipſum delictum [35]). In dieſer Bedeutung wird die Redensart *noxiam committere* nicht nur von Sklaven, ſondern auch von

32) S. BRISSONIUS de Verbor. Significat. v. *Noxa.*

33) *L. 1. §. 11. h. t.*

34) *L. 1. pr. et §. 1. h. t.*

35) *§. 1. I. de noxal. act. L. 238. §. ult. D. de Verb. Signif.*

von freyen Menſchen gebraucht[36]). 3) Das *Corpus*, welches den Schaden angerichtet hat[37]), z. E. *noxae deditio*, welches Cajus[39]) erklärt durch deditio ipſius corporis, quod deliquerit. In dieſer Bedeutung kommt auch der Ausdruck *noxam dedere* in den Geſetzen vor[40]). 4) Erſatz des Schadens in der Redensart *noxae dare* ſ. *in noxam dedere animal* ſeu *ſervum*[41]), d. h. den Sklaven oder das Thier, anſtatt des Schadenserſatzes, dem Beſchädigten überlaſſen, wie Ulpian[42]) dieſe Redensart erklärt. Endlich 5) die Noxalklage. Hieraus erklärt ſich der Rechtsſatz: *noxa caput ſequitur*[43]), welcher an andern Orten auch ſo ausgedruckt wird: *actio noxalis caput ſequitur*,

36) §. 5. *I. de nox. act.*

37) §. 1. *I. de noxal. act. Franc.* HOTOMANNUS in Comm. ad Inſtitut. pag. 482. *Laur.* VALLA de elegant. Ling. Lat. Lib. VI. cap. 36. und SALMASIUS de modo uſurar. cap. 19. pag. 889. verwerfen zwar dieſe Bedeutung ſchlechterdings, und tadeln deswegen den Kr. Juſtinian oder ſeinen Tribonian mit vieler Bitterkeit. Allein in *Car. And.* DUCKERI Opuſc. var. de Latinitate ICtor veter. pag. 10. et 13. findet ſich eine hinlängliche Vertheidigung derſelben. Man ſehe auch *Ev.* OTTONIS Commentar. et not. critic. ad Iuſtin. Inſtitut. Lib. IV. cap. 8. §. 1.

38) *L. 1. D. Si ex nox. cauſa agat. L. 10. L. 27. §. ult. D. de noxal. act.*

39) *L. 1. D. de nox. act.*

40) *L. 1. pr. D. de his, qui effud. vel dejec.*

41) *Pr. I. de noxal. act.*

42) *L. 1. §. 14. D. h. t.*

43) *L. 41. D. de furt. L. 1. §. 12. D. h. t. L. 4. D. Si ex noxali cauſ. L. 1. §. 18. D. Depoſiti.*

tur [44]), d. h. die Noxalklage kann gegen jeden, der zur Zeit der Litiscontestation Eigenthümer des Thiers oder Sklavens ist, angestellt werden [45]). Eben diese Bedeutung liegt zum Grunde, wenn die Gesetze sagen: *servum noxa solutum promittere* [46]), welches soviel heißt, als *servum noxali iudicio subiectum non esse* [47]). Aus diesem allen erklärt sich nun auch, warum die actio de pauperie eine Noxalklage in den Gesetzen genennt wird [48]).

§. 693.

Unterschied zwischen der actio de pauperie und den übrigen wegen eines von fremden Thieren verursachten Schadens zustehenden Klagen.

Wir haben nun hier zuvörderst von den Klagen zu handeln, die wegen eines von fremden Thieren verursachten Schadens Statt finden. Alle diese Klagen kommen zwar darin überein, daß sie auf Schadensersatz gehen. Allein die *actio de pauperie* hat das Unterscheidende, daß der Beklagte sich von dieser Verbindlichkeit dadurch loßmachen kann, daß er das Thier dem Beschädigten anstatt des Schadens-

44) §. 5. *I. de noxal. actionib. L. 20. D. eodem. L. 61. D. de furt.*

45) *L. 1. §. 12. D. h. t.* Caput wird also hier für jede freye Person genommen, welche zur Zeit der angestellten Noxalklage Eigenthümer des Gegenstandes derselben ist. S. BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Caput* nr. 3.

46) *L. ult. D. de rer. permut. L. 72. §. 5. D. de solut. L. 45. §. 1. D. de legat. I. L. 3. D. Si famil. furt. feciſſe dic. L. 11. §. ult. D. de eviction. L. 147. D. de Verb. Signif.*

47) *L. 17. §. 17. D. de aedilit. Edicto.*

48) *Pr. I. h. t. L. 1. §. 14. D. h. t.*

Schadenersatzes überläßt [49]). Diese Wahl steht bey keiner der übrigen Klagen dem Beklagten zu, selbst nicht bey der actio de pastu; obwohl viele [50]) aus unrichtiger Vorstellung von dieser Klage, das Gegentheil behaupten.

§. 694.

Grund der Verantwortlichkeit des Eigenthümers bey der actio de pauperie, und der ihm nachgelassenen noxae deditio.

Daß die Verbindlichkeit zur Vergütung des Schadens, welchen ein unvernünftiges Thier angerichtet hat, für eine unmittelbare zu halten sey, darüber sind jetzt die Rechtsgelehrten [51]) ziemlich einverstanden. Denn die Handlung des unvernünftigen Thiers kann an sich den Grund der Verbindlichkeit unmöglich enthalten, weil nur freye Handlungen als obligatorisch angesehen werden können, und durch die Schuld eines Menschen darf auch der Schade nicht veranlaßt worden seyn, weil sonst die actio Legis Aquiliae, oder sonst eine der oben angegebenen Klagen anzustellen ist. Warum nun aber die Gesetze den Ei-

49) *Pr. I. h. t.* Animalium nomine, quae ratione carent, si qua lascivia, aut fervore, aut feritate pauperiem fecerint: noxalis actio Lege XII. Tabularum prodita est. *Quae animalia, si noxae dedantur, proficiunt reo ad liberationem*: quia ita Lex XII. Tabularum scripta est; utputa si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus, cornu petierit.

50) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 1. in fin. STRUV Syntagm. iur. civ. Exercit. XIV. Th. 3. SCHOEMAN Handb. des Civilrechts I. B. S. 199. u. 200.

51) S. Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 34. und SEIDENSTICKERS Entwurf eines Systems des Pandectenrechts S. 64. et 65.

genthümer für den von seinem Thiere verursachten Schaden verantwortlich machen, ist eine Frage, die von den Rechtsgelehrten nicht auf gleiche Art beantwortet wird. Einige[52]) erklären sich den Grund dieser Verordnung so, weil es die Römischen Gesetzgeber für billig gehalten hätten, daß der Eigenthümer, welcher den Nutzen von dem Thiere zieht, auch die Beschwerlichkeiten übernehmen müsse, folglich auch den Schaden zu ersetzen schuldig sey, den es thut. Allein dagegen ist nun freylich einzuwenden, daß sich aus jenem Grundsatz nicht füglich erklären lasse, warum nur gerade das damnum contra naturam datum ersetzt werden solle. Andere[53]) haben daher zu den Grundsätzen der stoischen Philosophie ihre Zuflucht genommen. Sie sagen, die Römer hätten nach den Grundsätzen der Stoiker das nur für Unrecht gehalten, was der Natur zuwider ist. Daher hieß *iuste agere* bey ihnen soviel, als *naturae convenienter agere.* Ein Thier habe also Unrecht gethan, wenn es wider seine Natur gehandelt hatte. Quemadmodum enim in homine, sagt Pothier, iniuria est id, quod contra praecepta rationis, qua regi debet, fit; ita in bellua, quae instinctu regitur, iniuriam imitatur damnum, quod contra instinctum suae mansuetae naturae dedit. Allein es läßt sich schwerlich glauben, daß die Verfasser der zwölf Tafelgesetze, welche die actio de pauperie einge-

52) HÜBNER Observatt. Edicto viario Aedilium curul. adspersae. Cap. II. pag. 11. und Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1169.

53) POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. II. not. b. HOMMEL Opusc. iuris univ. Tom. I. pag. 93 — 95. Schmidt Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 5. Band. §. 1222. Nr. 3.

eingeführt haben, aus ſtoiſchen Grundſätzen raiſonnirt haben ſollten [54]). Noch andere [55]) ſtellen den Grundſatz auf: die Philoſophie des Rechts mache den Bürger unbedingt zur Entſchädigung verhaftet, wenn er oder ſein Eigenthum, gleichviel es ſey lebendes oder lebloſes Eigenthum, die unmittelbare Urſache der Beſchädigung ſeines Mitbürgers ſind, um den Zuſtand der Rechtsgleichheit zu erhalten. Allein daß ſich eine ſolche unbedingte Verantwortlichkeit des Eigenthümers, deſſen Sache geſchadet hat, nach den Geſetzen keinesweges annehmen läßt, beweiſen die oben (§. 692.) angeführten Diſtinctionen. Am richtigſten erklärt man den Grund der geſetzlichen Verordnung ſo. Wer ein Thier beſitzt, welches contra naturam zu ſchaden pflegt, ſollte es abſchaffen, oder verwahren, weil Niemand bey einem Rencontre auf dergleichen vorbereitet iſt. Thut er es nicht, ſo iſt er im Zweifel in culpa. So kann der

54) Ulpian giebt uns wenigſtens keine Veranlaſſung ein ſolches Raiſonnement anzunehmen, wenn er *L. 1. pr. et §. 1. D. h. t.* ſagt: Si quadrupes pauperiem feciſſe dicetur, actio ex Lege duodecim Tabularum deſcendit: quae Lex voluit, *aut dari id, quod nocuit, id eſt, id animal, quod noxiam commiſit*; *aut aeſtimationem noxae offerre. Noxia* autem eſt ipſum delictum. Das Wort *delictum* wird hier zwar vom Viehe gebraucht. Allein es ſoll ja offenbar nichts anders heißen, als eine ſchädliche Handlung. In dieſer Bedeutung wird auch das Wort *delinquere* genommen, daß es ſoviel heißt, als Schaden anrichten. Es wird daher ſelbſt von zufälligen Handlungen gebraucht, wie aus *L. 11. §. 2. D. de poenis* erhellet. Man ſehe *Ioſ.* FINESTRES in Hermogeniani Iuris Epitomar. Libros VI. Commentar. Tom. I. Exercit. I. ad *L. 5. D. de Iuſt. et Iure. §. 16. pag. 42.*

55) S. SCHOEMANS Handb. des Civilrechts. I. B. S. 186. nr. I. ſqq.

rohe Verstand zu den Zeiten der 12 Tafeln sehr gut raisonnirt haben, und hat es auch wirklich gethan, weil das dringende Bedürfniß, und das uncultivirte Billigkeitsgefühl schon von selbst darauf führen [56]). Dieser wahrscheinliche Grund paßte nun aber freylich nicht auf das damnum secundum naturam datum. Daher fiel auch hier die Klage weg.

Warum aber der Eigenthümer des Thiers sich durch die noxae deditio von der Verbindlichkeit zur Entschädigung loßmachen kann, hat darin seinen Grund, daß jeder Eigenthümer seine Sache derelinquiren kann, wenn sie ihm mehr Schaden, als Nutzen bringt. Man hielt es daher für unbillig, dem Eigenthümer diese Befugniß zu versagen, und ihn zu mehr, als dem Werth des schädlichen Thiers, zu verpflichten [57]).

§. 695.

Begriff und Natur der actio de pauperie.

Die actio de pauperie steht nun demjenigen zu, der durch eines Andern Thier einen Schaden auf eine dieser Thiergattung sonst nicht gewöhnliche Art erlitten hat. Ob er diesen Schaden an sich selbst, durch Verletzung seines Körpers [58]), oder an seinem Eigenthume, oder an einer solchen Sache erlitten hat, deren Eigenthümer er zwar nicht ist, wobey er aber doch sonst ein Interesse hat, daß sie

56) S. Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 2. Band. 8. Abh. S. 221. ff.

57) HÜBNER Obss. cit. ad Edictum viar. Aedil. curul. Cap. II. pag. 11. und Höpfner im Commentar §. 1169.

58) *L. 3. D. h. t.*

ſie nicht beſchädiget werde, weil er dafür haften muß, iſt gleichviel[59]). Sie ſteht alſo nicht nur dem Eigenthümer der beſchädigten Sache zu, ſondern auch demjenigen, welchem die Sache von dem Eigenthümer geliehen, oder vermiethet worden iſt; ingleichen deſſen Erben und übrigen Nachfolgern[60]). Als Schadloshaltungsklage iſt ſie zwar an ſich perſönlich, ſie kann aber doch gegen jeden Beſitzer des Thiers, welcher zur Zeit der erhobenen Klage Eigenthümer deſſelben iſt, angeſtellet werden, wenn er es auch zur Zeit des angerichteten Schadens noch nicht war[61]). Sie iſt daher eine actio in rem ſcripta nach dem Princip *noxa caput ſequitur.* (S. 285.) Gehört das Thier jetzt Mehreren zu, ſo kann gegen einen jeden in ſolidum geklagt werden[62]). Iſt jedoch von einem der Erſatz vollkommen geleiſtet, ſo ſind die übrigen von allem weitern Anſpruche frey[63]). Es kann auch derjenige belangt werden, welcher ſich argliſtig für den Herrn des Thiers ausgegeben, (qui liti ſe obtulit) oder ſolches aus Gefährde, um die Klage zu vereiteln, zu beſitzen aufgehört hat[64]). Denn die Regel: *Qui dolo poſſidere deſiit, pro poſſeſſore habendus* eſt[65]),

59) *L. 2. pr. D. eodem.*

60) *L. 1. §. ult. D. h. t.*

61) *L. 1. §. 12. D. h. t.*

62) *L. 1. §. 14. D. h. t.*

63) VOET in Comm. h. t. §. 7. Dem Zahlenden bleibt jedoch der Regreß gegen die übrigen Miteigenthümer unbenommen. STRUV Syntagm. iur. civ. Exerc. XIV. Theſ. 11.

64) *L. 7. D. de interrogat. in iure faciend.* VOET c. l.

65) *L. 131. D. de Reg. iur.*

findet auch vorzüglich bey Noxalklagen Statt[66]). In diesem Falle hat jedoch der Beschädigte die Wahl, ob er den vorigen Eigenthümer, der noch jetzt als fictus possessor haftet, oder den neuen Eigenthümer in Anspruch nehmen will[67]). Es versteht sich jedoch, daß der fictus possessor blos zum Schadenersatz verurtheilt werden kann, weil unter diesen Umständen die noxae deditio wegfällt[68]). Haben Mehrere das Thier besessen, und solches arglistig zu besitzen aufgehört, so hat auch hier der Kläger die Wahl, wen er von denselben allein belangen will; jedoch befreyet die Bezahlung des einen die übrigen[69]).

Das Gesuch dieser Klage ist allein auf Entschädigung des Klägers, nicht aber auf Abtretung des Thiers zu richten. Letztere ist nur ein Mittel für den Beklagten, wodurch er den Schadenersatz von sich abwenden kann, welches denn also auch seiner freyen Wahl überlassen werden muß[70]).

Viele,

66) *L. 12. L. 21. pr. L. 22. §. ult. L. 24. L. 26. §. 1. L. 39. pr. D. de nox. act.*

67) *L. 24. L. 25. et L. 26. pr. D. de noxal. act.* VOET h. t. §. 7.

68) Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen, 5 Th. §. 1224.

69) *L. 26. §. 1. D. de noxal. act.*

70) BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. XI. §. 27. *Petr. de* TOULLIEU Collectan. iuris civ. Dissertat. XII. §. 15. pag. 341. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. Schmidt in dem angef. Commentar 5. Th. §. 1225. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4014. nr. IV. Höpfner im Commentar über die Institut. §. 1169. Not. 1. u. THIBAUT im Syst. des Pandectenrechts 2. B. §. 979.

Viele[71]), denen auch Hellfeld beyſtimmt, meinen zwar, das Geſuch ſey alternativiſch einzurichten, nämlich zu erkennen, daß Beklagter dem Kläger entweder den ihm von ſeinem Thiere angerichteten Schaden zu erſetzen, oder das Thier, anſtatt des Schadenserſatzes, zu überlaſſen ſchuldig ſey. Allein dies iſt nicht geſetzmäßig. Zwar ſagt Ulpian *L.* 1. §. 11. *D. h. t.* reum actori aut noxam ſarcire, aut animal in noxam dedere oportere Allein eben dieſer Ulpian hat ſich auch an einem andern Orte deutlich genug darüber erklärt, wie das zu verſtehen ſey. Er ſagt nämlich *L.* 6 §. 1. *D. de re iudicata.* Decem, aut *noxae dedere* condemnatus, iudicati in decem tenetur: *facultatem enim noxae dedendae ex Lege accipit.* At is, qui ſtipulatus eſt, decem aut noxae dedere, non poteſt decem petere: quia in ſtipulatione ſingula per ſe veniunt, eaque ſingula ſeparatim ſtipulari poſſumus. At iudicium ſolius noxae deditionis nullum eſt, *ſed pecuniariam condemnationem ſequitur*, et ideo iudicati decem agitur. His enim ſolis condemnatur. *Noxae deditio in ſolutione eſt, quae e Lege tribuitur.*

Nach der Subtilität des Römiſchen Rechts iſt die actio de pauperie von zweyerley Art, *directa*, wenn das Thier, welches auf eine ſeiner Gattung nicht gewöhnliche Art geſchadet hat, ein vierfüßiges Thier iſt, und actio *utilis*, wenn es ein zweyfüßiges Thier iſt[72]). Jene

71) VOET h. t. §. 8. *Mich. God.* WERNHER Lectiſſ. Commentatt. ad Pand. P. I. h. t. §. 6. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 446. p. 238. u. a. m.

72) *L.* 4. *D. h. t.* Der Ausdruck *Quadrupes* wird hier nicht in dem eingeſchränkten Sinn des Aquiliſchen Geſetzes genommen, *L.* 2.

Jene Klage wird auch *actio quadrupedaria* genennt [73]). Ob übrigens das Thier den Schaden unmittelbar oder mittelbar angerichtet hat, z. B. wenn Pferde wild werden, und durch den umgeworfenen Wagen Jemanden beschädigen, ist gleichviel. Ulpian sagt ausdrücklich *L.* 1. §. 9. *D. h. t.* Sive autem corpore suo pauperiem quadrupes dedit, sive per aliam rem, quam tetigit quadrupes: haec actio locum habebit: utputa si plaustro bos obtrivit aliquem, vel alia re dejecta.

Wenn Hellfeld am Ende dieses Paragraphen noch die Bemerkung macht: *Caeterum actio de pauperie non est extendenda ad damnum a furioso datum, quamvis adversus negligentes in custodiendo detur actio ex lege Aquilia*; so kann ich nicht läugnen, daß mir diese Bemerkung immer etwas sonderbar vorgekommen ist, so oft ich in meinen Vorlesungen darauf gekommen bin; weil ich es nicht für möglich gehalten habe, daß ein Jurist auf den Einfall gerathen könnte, im Ernst zu behaupten, daß wegen eines von einem Rasenden angerichteten Schadens mit der actio de pauperie utilis Ersatz gefordert werden könne. Es ist mir zwar wohl bekannt, daß man darüber streitet, ob nicht ein

L. 2. §. 2. *D. ad Leg. Aquil.* sondern blos im Gegensatz von *bipes*. Daher sagt nicht nur Ulpian *L.* 1. §. 2. *D. h. t.* Quae actio *ad omnes quadrupedes* pertinet; sondern er begreift auch die Hunde ausdrücklich mit darunter, *L.* 1. §. 5. *D. h. t.* welche doch die *Lex Aquilia* davon ausschließt, und sie zu den bestiis rechnet. *L.* 2. §. 2. *D. de L. Aquil.* S. HÜBNER Obss. cit. ad Edictum viar. Cap. III. pag. 17. sq.

73) S. *Christ. Henr.* BREUNING Quaestio iur. controv. de actione quadrupedaria ex Romano germanico et patrio iure. *Lipsiae* 1772.

ein ſolcher Schaden aus dem Vermögen des Raſenden erſetzt werden müſſe. Mehrere auch ſelbſt neuere Rechtsgelehrten [74]) behaupten dieſes wirklich. Allein eine actio de pauperie utilis war doch keinem bisher eingefallen, ſondern man glaubte, daß deshalb dem Beſchädigten die actio in factum zuſtehe [75]). Mit einem Worte, ich hielt die ganze Bemerkung des Verfaſſers für höchſt überflüſſig und lächerlich. Ich nehme aber nunmehr mein Urtheil, als übereilt, feyerlichſt zurück, nachdem nun wirklich in unſern Tagen, in welchen ſich ſo Manches, was vorher unglaublich, ja unmöglich ſchien, zum Erſtaunen ereignet, endlich auch die Meinung zum Vorſchein gekommen iſt, daß die Forderung wegen eines von einem raſenden Menſchen erlittenen Schadens mit der actio de pauperie utilis ohne Bedenken durchgeſetzt werden könne [76]). Da unſer Verfaſſer dieſer Meinung in einem prophetiſchen Geiſte widerſprochen hat, ſo verdienen die Gründe derſelben etwas genauer erwogen zu werden. Erſtlich ſoll ein ſolcher Schade unſtreitig für eine *pauperies* zu halten ſeyn. Denn nach **Ulpians** Begriffe [77]) werde darunter überhaupt ein damnum

74) Die Vertheidiger dieſer Meinung ſind bey einer andern Gelegenheit im 1. Th. dieſes Commentars §. 7. S. 67. Not. 20. angeführt worden, denen ich nur noch BOEHMER in iure Dig. h. t. §. 2. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 3. und Schmidt in Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 5. B. §. 1204. beyfüge.

75) SCHAUMBURG a. a. O. ſagt ausdrücklich: *Ad damnum vero ab homine datum plane non pertinet*, (ſc. actio de pauperie) *nec niſi inepte ad furioſum applicatur, ex cuius bonis damnum, ſi quod dedit, actione in factum conſequimur.*

76) S. SCHOEMANS Handb. des Civilrechts I. Band. S. 202—204.

77) *L. 1. §. 3. D. h. t.*

num sine iniuria facientis datum verstanden. Zweytens scheine die *L.* 4. *D. h. t.* hierüber gar keinen Zweifel zurückzulassen, wenn es daselbst heißt: *Haec actio* (de pauperie) *utilis* competit, si non quadrupes, sed aliud animal damnum dedit. Warum sollte man einen furiosus, so lange er furiosus ist, nicht ein *animal, quod sensu caret* nennen? da Ulpian in *L.* 5. §. 2. *D. ad Leg. Aquil.* den furiosus einem quadrupes, d. h. einem unvernünftigen Thiere gleichstellt! Die Ehre der Neuheit kann man diesen Gründen nicht absprechen. In wiefern sie aber auch auf das Gewicht der Ueberzeugung Anspruch machen können, muß ich dem rechtlichen Gefühle eines Jeden überlassen. Für meine rechtliche Ueberzeugung haben sie wenigstens kein Gewicht. Ich will jetzt gar nicht wiederholen, was ich zur Widerlegung jener Behauptung, daß der durch einen Rasenden verursachte Schaden aus dem Vermögen desselben ersetzt werden müsse, schon an einem andern Orte dieses Commentars [78]) gesagt habe, nachdem zumal Herr Hofrath Thibaut [79]) den Ungrund derselben nochmals so deutlich vor Augen gelegt hat, daß gar kein Zweifel übrig bleibt. Ich will mich jetzt blos darauf einschränken, ob diese Behauptung etwa durch die von der actio de pauperie utilis hergenommene Analogie eine neue Stütze erhalten hat, und zwar eine solche, wodurch sie jetzt über alle Zweifel erhoben worden sey. Dies ist es nun aber gerade, woran ich nach meiner juristischen Ueberzeugung zweifeln muß. Ich will gar nicht erwähnen, daß die actio de pauperie auf den angegebenen Fall schon darum,

78) 1. Th. S. 67. ff.

79) In den angef. Versuchen 2. B. 8. Abh. S. 210. ff.

um, ihrer Natur nach, gar nicht paßt, weil ſie als eine Noxalklage, wofür ſie Juſtinian [80]) und Ulpian [81]) erklären, immer vorausſetzt, daß der Schaden durch eine res alieni iuris geſchehen ſeyn muß [82]), und daher gegen den Eigenthümer der Sache anzuſtellen iſt; ſondern nur das will ich zu bedenken geben, daß alle Klage wegfällt, wenn der Schaden durch eine unwillkührliche, blos zufällige Handlung des Thiers geſchehen iſt [83]). Nun erklären ja aber die Geſetze ausdrücklich den von einem Raſenden verurſachten Schaden für zufällig. Man leſe nur die *L. ult. D. de adminiſtr. et peric. tutor.* wo es am Ende mit dürren Worten heißt: impune autem puto admittendum, quod *per furorem alicuius* accidit, *quomodo ſi caſu aliquo*, *ſine facto perſonae*, *id accidiſſet.* Es ergiebt ſich hieraus zugleich, daß der durch einen Raſenden unwillkührlich verurſachte Schaden auf keine Weiſe für eine *pauperies* gehalten werden kann. Denn nicht zu gedenken, daß der Ausdruck *pauperies* nie anders, als von Thieren gebraucht wird, wie das Zeugniß des Feſtus auſſer allem Zweifel ſetzt, welcher ſagt: *Pauperies* damnum dicitur, quod *quadrupes* facit; und daß Ulpian bey ſeinem Begriffe von *pauperies*, als einem damnum ſine iniuria facientis datum, gewiß an keinen furioſus dachte, erhellet theils daraus, weil er hier mit Erklärung des Edicts: *Si quadrupes pauperiem*

80) *Pr. I. h. t.*

81) *L. 1. §. 14. D. h. t.*

82) VOET in Comm. Lib. IX. Tit. 4. §. 1. und *Aug. von dem* BUSCHE Diſſ. dominum ex facto animalis praeter culpam non obligari. Cap. II. §. 32.

83) *L. 52. §. 2. in fin. D.* ad *Leg. Aquiliam.*

periem feciſſe dicetur beſchäftiget iſt, theils aus der eigenen Erläuterung ſeines Begriffes: *nec enim*, ſagt er, *poteſt animal iniuria feciſſe*, *quod ſenſu* d. i. ratione, wie es Noodt [84]) ganz richtig erklärt, *caret;* von dem allen abgeſehen, ſo iſt ja Jedem bekannt, daß die *actio de pauperie* nur dann begründet ſey, wenn der Schade, den das Thier angerichtet hat, ohne eines Menſchen Schuld, *contra naturam ſui generis* geſchehen iſt, d. h. wenn ein zahmes Thier durch Wildheit, oder wie Ulpian [85]) ſagt, commota feritate, geſchadet hat, und daß ſie daher bey ſolchen Beſtien wegfällt, quorum genitalis eſt feritas. Wie läßt ſich nun dieſe zur Begründung der Klage weſentliche Beſtimmung auf die Handlung eines Raſenden übertragen? Im Gegentheil, wenn ja eine Vergleichung Statt haben könnte, ließ ſich eher ſagen, der Raſende habe, wenn er auch Schaden angerichtet hat, ſecundum naturam, d. h. dem Zuſtande eines Raſenden gemäß, und folglich unwillkührlich gehandelt. Es würde alſo ſelbſt nach dieſer Analogie die Klage wegfallen müſſen. Sollte denn aber etwa Ulpian im Ernſt furiosos und quadrupedes in eine Claſſe geſetzt, und daher die Statthaftigkeit der actio de pauperie utilis bey den Handlungen eines Raſenden, wodurch er Schaden angerichtet hat, nach der *L.* 4. *D. h. t.* wirklich gar keinen Zweifel haben? Ich glaube, Ulpian dachte an eine ſolche Analogie auch nicht entfernt, und würde erſtaunen, wie ein Prieſter der Gerechtigkeit, wofür er uns Juriſten hält, ihm eine ſolche Meinung habe aufbürden können. Ulpian ſagt in der *L.* 5. §. 2. *D. ad Leg. Aquil.*

84) Comment. ad Dig. h. t. Tom. II. pag. 225.

85) *L.* 1. §. 4. *D. h. t.*

Aquil. auch: *Sed et ſi infans damnum dederit, idem erit dicendum.* Alſo würde ja die actio de pauperie utilis auch bey Kindern ſtatt haben, wenn ſie, ohne eines Andern Schuld, Schaden anrichten? Wer hat je ſo etwas behauptet? Mit Recht ſagt daher Stryk [86]): *Non extendenda eſt ratio Ulpiani ultra caſum expreſſum, et comparatio in d. L. 5. §. 2. tantum eo tendit, ut utrobique, ſive a beſtia, ſive a furioſo damnum datum, excludatur actio Legis Aquiliae, ob ceſſantem culpam.*

§. 696.

Fälle, in welchen die dem Beklagten zuſtehende Wahl wegfällt.

Die bey der actio de pauperie dem Beklagten zuſtehende Wahl zwiſchen Schadenserſatz und Ueberlaſſung des Thiers fällt weg,

1) wenn der Beklagte fälſchlich geläugnet hat, daß ihm das Thier gehöre. Hier muß er zur Strafe ſeines Läugnens den Schaden ſchlechterdings erſetzen [87]). Eine Verurtheilung auf das Duplum findet jedoch deswegen nicht Statt [88]).

2) Wenn das Thier nach erfolgter Litisconteſtation umkommt. Auch hier muß der Beklagte den Schaden ſchlechterdings erſetzen, weil ihm die Unmöglichkeit, das Thier nun, ſtatt des Schadenserſatzes, abzutreten, zur Laſt

86) Uſ. mod. Pand. h. t. §. 1.

87) *L. 1. §. 15. D. h. t.*

88) S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 21.

Last gelegt wird [89]). Hat jedoch ein Dritter das Thier getödet, so kann sich der Beklagte vom Schadensersatz dadurch loßmachen, daß er die ihm gegen den Dritten zustehende *actio Legis Aquiliae* dem Beschädigten cedirt [90]). Kommt das Thier vor der Litiscontestation um, so findet keine Klage mehr Statt [91]), wenn gleich der Beklagte bey dem Tode des Thiers nicht ausser Schuld seyn sollte, wenn ihm nur kein Dolus, oder, in Absicht auf die Litiscontestation, keine mora zur Last fällt [92]).

3) Wenn sich der Beklagte fälschlich für den Besitzer des Thiers ausgegeben, oder das Thier dolose zu besitzen aufgehört hat. Die noxae deditio fällt hier von selbst weg, also muß auch in diesem Falle der Schade schlechterdings ersetzt werden [93]). Unser Hellfeld rechnet auch

4) den

89) *L.* 21. *pr. D. de noxal. action.* S. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 5. Band §. 1225. Nr. II. S. 90.

90) *L.* 1. §. 16. *D. h. t.* Si post litem contestatam ab alio sit animal occisum, quia domino Legis Aquiliae actio competit, ratio in judicio habebitur legis Aquiliae, quia dominus noxae dedendae facultatem amiserit. Ergo ex iudicio proposito litis aestimationem offeret, nisi paratus fuerit actionem mandare adversus eum, qui occidit.

91) *L.* 1. §. 13. *D. h. t.* STRYK Us. mod. Pand. h. t. § 8.

92) *L.* 21. *pr. L.* 26. §. 4. *D. de noxal. action.* S. STRUVII Synt. iur. civ. Exercit. XIV. Th. 17. Anderer Meinung ist zwar *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 4. Allein man sehe EMMINGHAUS ad *Coccejum.* Lib. VI. Tit. I. Qu. 5. not. w. Tom. I. pag. 499. sq.

93) *L.* 7. *D. de interrogat. in iure. L.* 12. *et L.* 24. *D. de noxal. act.* STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XIV. Th. 12.

4) den Fall hierher, wenn ein freyer Menſch durch das Thier getödet worden iſt. Hier iſt Schadenserſatz unmöglich; quia liberum corpus non recipit aeſtimationem.[94]). Er behauptet daher mit Schilter[95]), es finde noxae deditio Statt. Allein mit Recht behauptet Struv[96]) das Gegentheil. Denn Ulpian[97]) ſagt ausdrücklich: Quod in corpore libero damni datur, *iure hereditario tranſire ad ſucceſſores non debet, quaſi non ſit damnum pecuniarium.* Nur wegen der aufgewendeten Curkoſten würde dem Erben die Klage nicht verſagt werden können[98]). Denn dieſerwegen hätte der Verſtorbene ſelbſt klagen können[99]), die actio de pauperie geht aber auf die Erben des Beſchädigten über[100]). Iſt ein freyer Menſch durch das Thier körperlich beſchädiget worden, ſo geht die Klage auf Erſatz der Curkoſten, und desjenigen Schadens, den er nicht nur durch die Verſäumniß in ſeinen Geſchäften erlitten hat, ſondern auch noch in der Folge dadurch leidet, daß er wegen der erlittenen Verletzung zur Arbeit untauglich geworden iſt[1]).

5) Nach Sachſenrechte muß der von einem Thiere angerichtete Schaden ſchlechterdings erſetzt werden, wenn nicht

94) *L. 3. D. h. t.*

95) Prax. iur. Rom. Exercit. XIX. §. 11 — 13.

96) Exerc. cit. XIV. Th. 14.

97) *L. 5. §. 5. D. de his, qui effud. vel dejecerint.*

98) S. MÜLLER ad *Struvium* c. l. not. *d.* pag. 863.

99) *L. 3. D. h. t.*

100) *L. 1. §. ult. D. eodem.*

1) *L. 3. D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 20. VOET h. t. §. 8.

nicht der Eigenthümer, sobald er den Schaden erfahren hat, das Thier derelinquirt[2]). Außerhalb Sachsen ist jedoch von diesem Rechte kein Gebrauch zu machen; vielmehr läßt sich mit Grund behaupten, daß die Abtretung des Thiers zum Ersatz des Schadens auch noch heutzutage Statt habe[3]).

§. 697.

Pfändung schädlicher Thiere.

In Deutschland gilt noch ein anderes Mittel, dessen man sich gegen den Schaden bedienen kann, welchen man von fremden Thieren erlitten hat. Dies ist die Pfändung schädlicher Thiere (*pignoratio* s. *incluſio animalium*)[4]). Man versteht darunter diejenige Handlung, da man sich der fremden Thiere, welche uns Schaden zugefügt haben, sofern man sie noch auf seinem Eigenthume antrifft, bemächtiget, und selbige in Besitz nimmt, um daran bis zur Vergütung des Schadens ein Retentionsrecht auszuüben. Nach dem Römischen Rechte ist diese Pfändung, als eine Art von Selbsthülfe, nicht erlaubt. Pomponius läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er *L.* 39. §. 1.

2) Sächs. Landrecht 2. B. Art. 40. *de* BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 14. Th. 3. not. 7. und WERNHER Obſervat. for. Tom. II. P. IX. Obſ. 56.

3) S. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 4. et 5. und Höpfner im Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 1171.

4) *Car. Ferd.* HOMMEL Diſſ. de pignoratione et cuſtodia animalium pauperiem facientium. *Lipſiae* 1774. (Eine Epitome derſelben befindet sich in deſſen Rhapſod. Quaeſtion. for. Vol. IV. Obſ. 584.) und Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts 2. Band §. 222. b.

§. 1. *D. ad Leg. Aquil.* ſagt: Quamvis alienum pecus in agro ſuo quis deprehendiſſet, ſic illud expellere debet, quomodo ſi ſuum deprehendiſſet, quoniam, ſi quid ex ea re damnum cepit, habet proprias actiones. Itaque qui pecus alienum in agro ſuo deprehenderit, *non iure id includit*, nec agere illud aliter debet, quam quaſi ſuum, ſed vel abigere debet ſine damno, vel admonere dominum, ut ſuum recipiat [5]). Nur der Fall iſt auszunehmen, da man den Eigenthümer eines uns ſchädlich gewordenen Thiers nicht kennt. Hier erlaubt ſelbſt das Römiſche Recht das einſtweilige Anhalten des Thiers, bis man den unbekannten Eigenthümer entdeckt hat [6]). In Deutſchland hingegen iſt die Pfändung ſchädlicher Thiere als ein erlaubtes Mittel der Selbſthülfe von jeher vertheidiget worden, und hat ſich auch gegen die Vorſchriften des Römiſchen Rechts bis auf den heutigen Tag als allgemein gültig erhalten [7]). Sie ſetzt jedoch, wenn ſie zuläſſig ſeyn ſoll, folgende Erforderniſſe voraus.

1) Die Pfändung iſt an dem Orte vorzunehmen, wo der Schade geſchehen iſt, (in re praeſenti.) An einem dritten Orte kann ſie nur dann erlaubter Weiſe geſchehen, wenn der Pfänder in dem Act der Verfolgung noch begriffen iſt, und dieſer Ort ebenfalls demſelben zu-

 gehört.

5) Mehrere behaupten gleichwohl das Gegentheil, beſonders FELTMANN in Tr. de incluſione animalium. Cap. II. §. 14. et 15. und de COCCEJI in iur. civ. contr. h. t. Qu. 2. Man ſehe jedoch HOMMEL Diſſ. cit. Cap. 2.

6) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 3. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXI. med. 1.

7) STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 15. LEYSER cit. loc. medit. 2.

gehört [8]). Dahingegen ist die Pfändung auf einem fremden Grundstück nicht erlaubt [9]).

2) Sie muß auf frischer That (in continenti) geschehen, es wäre denn, daß die Aecker desjenigen, welcher den Schaden erlitten hat, an das Grundstück des Eigenthümers, dessen Vieh den Schaden zugefügt hat, angränzten, oder diese Grundstücke vermischt unter einander lägen. Dann braucht die Pfändung nicht gerade bey der ersten Uebertrift zu geschehen, sondern sie kann auch noch beym Rückzuge der Heerde vorgenommen werden [10]).

3) Es muß dabey jeder unzweckmäßige Exceß sorgfältig vermieden werden, weil die Pfändung nur des Schutzes wegen erlaubt ist. Der Pfänder muß sich daher alles Schlagens und Scheltens, wie auch aller Verletzung oder Tödung des gepfändeten Viehes enthalten, wofern er sich nicht straffällig machen will [11]).

4) Nach geschehener Pfändung muß dem ordentlichen Richter baldmöglichst von dem ganzen Vorgange genaue Anzeige

8) STRYK Diss. de iure pignorandi. *Francof.* 1690. Cap. IV. nr. 17. 18. et 19.

9) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. IX. Specim. DXCV. meditat. 7. et 8. HOMMEL Diss. cit. de pignorat. et custodia animal. pauperiem fac. Cap. VII. §. 6.

10) S. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. Bemerk. 3. S. 19.

11) LEYSER Specim. CXI. medit. 11. Danz Handbuch des heutigen deutsch. Privatrechts 2. B. §. 222 b. S. 361. und Kleins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät. 2. Band Nr. XVIII. S. 196. ff.

Anzeige gemacht werden[12]). Daß jedoch das Pfand dem Richter überliefert werden müſſe, wie unſer Verfaſſer und mit ihm mehrere[13]) behaupten wollen, iſt nicht erforderlich, wofern es nicht die Landesgeſetze verordnen, und zu dieſem Zwecke richterliche Pfandſtälle vorhanden ſind. Außerdem kann der Pfänder die Thiere in eigener Gewahrſam behalten[14]). Iſt das Vieh durch eines andern Schuld auf das fremde Grundſtück getrieben worden, z. B. durch den Hirten; ſo haftet dieſer zunächſt für den Schaden, mit der actio Legis Aquiliae. Der Eigenthümer kann nur in ſubſidium belangt werden, wenn der Hirt den Schaden nicht vergüten kann[15]). Uebrigens nimmt man bey Schätzung des Schadens auf die Zeit Rückſicht, da der Schade geſchehen iſt, und was damals die verdorbene Sache werth geweſen. Iſt Getraide durch das Vieh ruinirt worden, ſo wird der Schade durch Landwirthſchaftsverſtändige taxirt, und dabey auf die künftige Aerndte geſehen, die dem Kläger dadurch entzogen worden iſt[16]).

12) Danz a. a. O. S. 362.

13) LEYSER Specim. CXI. Corol. 3. WERNHER lectiſſ. Commentat. in Pandect. P. I. h. t. §. 3. pag. 363. u. a. m.

14) Struben rechtl. Bedenken 2. Th. Bed. 61. Danz Handbuch des deutſchen Privatrechts 2. B. §. 222 b. S. 362. und Höpfners Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen. §. 1173. Not. 3.

15) S. HOMMEL Rhapſod. quaeſtion. for. Vol. V. Obſ. 633.

16) S. Schmidts Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von Klagen. 5. Th. §. 1227.

Lib. IX. Tit. II.

Ad Legem Aquiliam.

§. 698.

Was ist ein damnum iniuria datum? Zeitalter des Aquilischen Gesetzes.

Ein Schaden kann ferner auch von einem vernünftigen freyen Sinnenwesen durch widerrechtliche Verletzung einer dem Andern zugehörigen Sache zugefügt werden. Ein solcher rechtswidriger Schade, insofern die Handlung, wodurch er entstanden ist, kein anderes namentlich bezeichnetes Verbrechen ausmacht, wird *damnum iniuria datum* genennt, und kann entweder in einer bloßen Beschädigung, oder in einer gänzlichen Vernichtung der Sache bestehen [17]). Er setzt immer eine rechtswidrige Handlung voraus, die Handlung mag dolos oder culpos seyn. Auf eine bestimmte Absicht kommt es hingegen bey dieser Beschädigung nicht an, sie mag aus Rachsucht, im Zorn, oder aus bloßem Muthwillen, oder aus bloßer Unvorsichtigkeit geschehen seyn. Denn hier ist von keiner Ehrenverletzung die Rede, wie sonst das Wort *Iniuria* genommen wird; sondern es wird hier jede widerrechtliche Handlung, wodurch Jemand die Sache eines Andern beschädigte, das Versehen mag auch noch so gering seyn, *iniuria*

17) S. Feuerbachs Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 310. S. 268. der 4. Auflage.

iniuria genennt. Es verdient hier folgende Stelle bemerkt zu werden. Ulpian sagt *L.* 5. §. 1. *D. h. t.*

Iniuriam autem hic accipere nos oportet, non quemadmodum circa injuriarum actionem, contumeliam quandam; *sed quod non iure factum est*, hoc est, *contra ius*, id est, si *culpa* quis occiderit, et ideo interdum utraque actio concurrit, et Legis Aquiliae et injuriarum. Sed duae erunt aestimationes, alia damni alia contumeliae. Igitur *injuriam* hic damnum accipiemus culpa datum, etiam ab eo, qui nocere noluit.

Ob zwischen dem Beschädiger und dem Beschädigten in Ansehung der beschädigten Sache eine frühere obligatio bestand, oder nicht, macht keinen Unterschied, darauf aber kommt es an, ob ein positives Factum des Andern, oder ein bloßes Unterlassen die unmittelbare Ursache der widerrechtlichen Beschädigung war. Nur die positive schädliche Thätigkeit, im Gegensatz von schädlichen Unterlassungen, bestimmt den wesentlichen Character von einem *damnum iniuria datum*, welches die *Lex Aquilia* vindicirt[18]).

18) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. und vorzüglich SCHOEMAN im Handbuch des Civilrechts 1. B. S. 204. ff. Ueberhaupt aber sind über die LEX AQUILIA folgende Schriften zu bemerken: *Franc.* BALDUINUS de Lege Aquilia. (in HEINECCII *Iurisprud. Rom. et Attic.* Tom. I. pag. 239. und in EIUS *Commentariis ad Leges de iure civili, cum praefat.* GUNDLINGII, *Halae* 1730. 8. edit. pag. 156. sqq.) *Io.* SUAREZ *de* MENDOZA Commentar. ad Leg. Aquiliam. (in *Ger.* MEERMANI *Thes. iur. civ. et canon.* T. II. pag. 1. sqq.) *Ger.* NOODT ad Leg. Aquiliam liber sing. (in *Operib.* T. I. pag. 137. sqq.) und Egid von Löhr Theorie der Culpa. (Gießen 1806. 8.) 2. Abschn. S. 81 — 132.

Schon vor dem Aquiliſchen Geſetz war zwar, ſowohl in den 12 Tafeln, als durch andere Geſetze, über dieſes damnum Verſchiedenes verordnet worden; allein es fehlen uns, bis auf einige wenige Bruchſtücke, von dieſen ältern Verordnungen, die Nachrichten gänzlich, weil alle dieſe Geſetze, wie Ulpian [19]) meldet, durch die Lex Aquilia abgeſchafft worden ſind. Nur einige, welche von einzelnen Arten des damni iniuria dati handelten, ſcheinen ſich im Gebrauche erhalten zu haben. Denn ſo ſagt Ulpian [20]), daß wegen der heimlich geſchehenen boshaften Beſchädigung der Bäume ſowohl die Klage aus dem Aquiliſchen Geſetz, als die *actio arborum furtim caeſarum* aus den zwölf Tafeln Statt habe. Eben ſo konnte wegen der noxia ſervi alieni ſowohl aus den 12 Tafeln, als aus dem Aquiliſchen Geſetz geklagt werden [21]). Vielleicht war, wie Råvard [22]) glaubt, in den ältern Geſetzen noch keine Strafe beſtimmt, dergleichen die *Lex Aquilia* feſtſetzte, wodurch das damnum iniuria datum für ein Privatdelict erklärt wurde. Ueber den Urſprung des Aquiliſchen Geſetzes haben uns die Römiſchen Juriſten wenig Nachrichten hinterlaſſen. Ulpian [23]) ſagt bloß: Quae *Lex Aquilia* plebiscitum eſt: cum eam *Aquilius* Tribunus plebis a plebe rogaverit. Allein es

19) *L. 1. pr. D. h. t.*

20) *L. 1. D. Arbor. furtim caeſar.* VOET h. t. §. 2. Hieraus erhält auch *L. 43. D. h. t.* und *L. 32. D. de obligat. et act.* ihr Licht. S. *Em.* MERILLII Obſervation. Lib. IV. cap. 33.

21) *L. 2. §. 1. D. de noxal. act. L. 56. D. de obligat. et actionib.*

22) Ad Leges XII. Tabular. lib. ſing. Cap. 24. (in Operib. *Lugduni 1623.* 8. Tom. I. pag. 90.)

23) *L. 1. §. 1. D. h. t.*

es gab zu den Zeiten des römischen Freystaats mehrere Tribunen des Namens Aquilius. Soviel ist gewiß, Publius Aquilius Gallus [24]), welcher im Jahr 699. der E. R. Tribunus plebis war, kann der Urheber des Gesetzes nicht seyn. Hierin irrt Anton Perez [25]). Denn Brutus und Q. Mucius, welche früher lebten, haben schon über die *Lex Aquilia* commentirt, wie aus *L.* 27. §. 22. und *L.* 31. §. 39. *D. h. t.* erhellet. Joh. Suarez de Mandoza [26]) schreibt das Gesetz dem Marcus Aquilius zu, der im Jahr 625. Consul war, und einige Jahre vorher Tribunus plebis gewesen seyn soll. Die meisten [27]) halten den Tribun L. Aquilius Gallus für den Urheber, und setzen es in das Jahr 573. Allein ohne den mindesten Grund. Richtiger giebt Theophilus in seiner griechischen Paraphrase der Institutionen [28]) das Zeitalter des Aquilischen

24) DIO CASSIUS Libr. 39. und VALER. MAXIMUS Lib. VIII. cap. 2. gedenken dieses Tribuns.

25) Praelection. in Cod. Lib. III. Tit. 35. nr. 2.

26) Commentar. ad Legem Aquiliam in Apparat. Cap. 1. (in *Ger.* MEERMANI *Novo Thes. iur. civ. et canon.* Tom. II. pag. 9.)

27) PIGHIUS Annal. Pop. Rom. Tom. II. p. 330. BACH Histor. iurisprud. Rom. Lib. II. cap. 2. Sect. 1. §. 37. pag. 155. Diesen stimmt auch Hellfeld bey.

28) Lib. IV. Tit. 3. §. 15. nach der Reitzischen Ausgabe Tom. II. pag. 765. da heißt es: Ὁ γὰρ Ρωμαικὸς χυδαῖος δῆμος, κατὰ τὸν καιρὸν τῆς διαστάσεως τὸ χυδαίου δήμε καὶ τῆς συγκλήτε, τοῦ Ακουιλίε (δήμαρχος ἔτος ἦν) τὸν παρόντα νόμον τιθέντος, ἠρκέσθη τῷ plurimi ῥήματι ἐν τῷ πρώτῳ κεφαλαίῳ. i. e. *Plebs enim Romana, tempore discordiae inter plebem ac Senatum, Aquilio (Tribunus plebis hic erat) praesentem Legem*

schen Gesetzes an, wenn er sagt, es sey gerade zu der Zeit gegeben worden, als die letzte Spaltung zwischen dem Senate und dem Volke durch die dritte Secession auf den Janiculus erfolgte, also ums Jahr 467. der Erb. Roms [29]).

§. 699.

Welche Rechtsverhältnisse umfaßt das Aquilische Gesetz?

Die Lex Aquilia vindicirt nun also jede widerrechtliche Handlung, wodurch Jemand die körperliche Sache eines Andern beschädiget hat, und auch das geringste Versehen, dessen er sich dabey schuldig machte, begründet den Begriff eines *damni iniuria dati*, sobald durch dasselbe der Schade wirklich entstand. Dies ist der Sinn der wichtigen Stelle [30]), in welcher **Ulpian** sagt: *In Lege Aquilia et leviſſima culpa venit.* Eine Hauptfrage, welche hier eine genaue Erörterung verdient, ist es demnach: welche Rechtsverhältnisse umfaßt das Aquilische Gesetz? blos außervertragliche, oder auch Vertragsverhältnisse? Das Erstere behaupten die mehresten ältern Rechtsgelehrten [31]), denen

Legem ferente, contenta fuit verbo PLURIMI *in capite primo.* Hotoman und Otto haben zwar in ihren Commentaren über die Institutionen dem Theophilus darüber manche Vorwürfe gemacht. Allein Reitz hat ihn dagegen sehr gut vertheidiget.

29) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 122. der 2. Aufl.

30) *L. 44. D. h. t.*

31) STRUV in Syntagm. iuris civ. Exercit. XIV. §. 20. BERGER in Oecon. iuris Lib. III. Tit. IX. §. 11. Not. 3. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 9. *Christ.* THOMASIUS in Diss. de usu practico doctrinae difficillimae iuris de culparum praestatione in contractibus. §. 29. Struben rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 61. u. a. m.

nen auch unter den neuern noch Wernher[32]), Schmidt[33]), Höpfner[34]) und Günther[35]) beytreten. Sie sagen, wenn man ja wegen eines in einem Contracte erlittenen Schadens die Klage aus dem Aquilischen Gesetz anstellen wolle, so müßte doch immer der Grad von Culpa vorhanden seyn, welcher in dem vorliegenden Contracte nach eigenen Regeln prästirt werde, z. B. beym beschädigten Depositum die culpa lata. Denn sonst würden ja alle Regeln von den verschiedenen Graden der Culpa und deren Prästation in den Contracten unnütz seyn. Ueberdem könne man auch einen solchen Schaden kein *damnum iniuria datum* nennen, den Jemand durch ein ganz geringes Versehen verursacht hat, wenn er nach der Natur des eingegangenen Contracts nicht für culpa leviſſima haften darf. Nie könne also mittelst der actio Legis Aquiliae ein größerer Fleiß von einem Menschen gefordert werden, als wozu ihn der geschlossene Contract verbindet, weil sonst die Römischen Rechtsgelehrten nicht hätten sagen können, daß eine Klage die andere aufhebe[36]). Allein schon Cocceji[37]) suchte aus Gründen der Theorie zu zeigen, daß auch in Vertragsverhältnissen die *Lex Aquilia* Anwendung finde, ohne daß es hier auf den Grad der Culpa ankomme. Seinen Gründen fehlte indessen noch bey weitem das Gewicht, um die Gründe der ältern Meinung zu entkräften, geschweige denn

32) Lectiſſ. Commentatt. in Pand. h. t. §. 2.

33) Lehrbuch von gerichtlichen Klagen u. Einreden §. 1206. Not. u.

34) Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1049.

35) Princip. iuris Rom. privati noviſſimi. Tom. I. §. 343.

36) *L. 18. §. 1. D. Commodati. L. 25. §. 5. D. locati.*

37) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 4.

denn zu überwiegen. Denn sie laufen alle blos dahinaus, die Klage aus dem Contract und die des Aquilischen Gesetzes seyen ganz verschiedene Klagen, deren jede ihre eigene Natur und Prästationen habe. Die Hauptsache hingegen, worauf es ankommt, nämlich daß man das damnum iniuria datum, welches sich blos durch positive Thätigkeit äußert, von der eigentlichen Culpa, welche nur ein widerrechtliches Unterlassen bezeichnet, nicht gehörig trennte, ließ er ganz unberührt. Kein Wunder, wenn seine Meinung so wenig Beyfall fand. Glücklicher entdeckte den wahren Standpunct Georg Friedrich Krause [38]). Er sahe zuerst ein, daß bey der Frage, wie weit die Lex Aquilia in Vertragsverhältnissen anwendbar sey, alles auf den Unterschied ankomme, ob der Schade durch eine culpa facti proprii des Contrahenten, oder durch eine culpa custodiae d. i. durch Nichtabwendung vorauszusehender schädlicher Wirkungen entstanden sey. Nur in jenem Falle sey eine unbedingte Pflicht zur Entschädigung schon durch die natürliche Rechtsphilosophie begründet, wenn die Handlung des Contrahenten die unmittelbare Ursache der Beschädigung ist, ohne daß hier die Verschiedenheit der zwischen dem Beschädiger und dem Beschädigten bestehenden obligatio in Betrachtung komme, oder auf irgend einen Grad von Culpa Rücksicht zu nehmen sey. Nur auf diesen Fall gehe die *Lex Aquilia* [39]), und hier con-

38) Diss. de Lege Aquilia in eos etiam, quos contractus ad exactissimam diligentiam non obligat, culpam levissimam vindicante. *Vitembergae 1757.* 4. §. VIII. sqq.

39) *L. 2. pr. L. 27. §. 5. et 13. L. 29. §. 2. L. 51. pr. D. h. t. §. 13. I. eodem.*

concurrire die *actio Legis Aquiliae* mit allen Contractsklagen electiv[40]). Ein ganz anderes Verhältniß trete ein, wenn der Schade nicht durch positive Thätigkeit des Contrahenten, sondern durch Unterlassung der nöthigen Vorsicht, (culpa custodiae) entstanden ist. Auf diesen Fall beziehe sich die *Lex Aquilia* nicht[41]). Hier lege auch die Philosophie des Rechts dem Bürger keine vollkommene Pflicht auf, den vernichtenden oder schädlichen Einfluß äußerer Umstände der Natur oder dritter Personen von dem Eigenthume des Mitbürgers abzuwenden. Nur durch Vertrag könne eine solche Verbindlichkeit begründet werden. Daher komme es hier lediglich auf die Natur und die Bedingung des geschlossenen Contracts an, um daraus zu beurtheilen, welcher Grad der Achtsamkeit in jedem einzelnen Contracte, nach Maasgebung der Gesetze, stillschweigend versprochen, und welcher Grad von Culpa folglich zu prästiren sey. Hier sey also blos die Klage aus dem Contract begründet, wenn derjenige Grad des Fleißes nicht angewendet worden sey, welchen die Civilgesetze in der Art von Contracten, als geschlossen worden ist, von dem Contrahenten erfordern. Eben diese Bahn haben nachher auch Franz Schöman[42]) und Egid von Löhr[43]) mit dem glücklichsten Erfolge betreten, und kein Unpartheyischer wird wohl

40) *L. 7. §. 8. L. 27. §. 11. L. 18. L. 42. D. h. t. L. 47. 48. et 49. D. pro Socio. L. 18. §. 1. D. Commodati.*

41) *L. 13. §. 2. D. de Usufr. L. 37. pr. D. h. t. L. 19. D. Commodati. L. 41. D. Locati.*

42) Handbuch des Civilrechts. I. B. S. 209. ff.

43) Beyträge zu der Theorie der Culpa (Gießen und Darmstadt 1808. 8.) V. 4. S. 219. ff.

wohl dieser neuern Meinung leicht den Vorzug streitig machen, da die Rechtsphilosophie und der Beyfall der Römischen Gesetzgebung deren Wahrheit verbürgen. Wie nun durch diese Lehre alle Regeln von den Graden der Culpa und deren Prästation in den Contracten unnütz gemacht werden sollten, ist unbegreiflich. Auch nicht eine wird dadurch aufgehoben. Es ist ja hier blos von dem Falle die Rede, wenn der Schade durch positive Thätigkeit desjenigen verursacht worden ist, der dafür verantwortlich gemacht wird. Für diesen Fall kennen die Gesetze keine Grade der Culpa [44]). Diese nimmt blos die dem *damno iniuria dato* gegenüber stehende schädliche Unthätigkeit, die mittelbare Ursache der Verletzung einer fremden Sache durch Versehen, die *omissio diligentiae*, *omissio custodiae* an [45]). Man erwäge nur folgende Gesetzstellen.

L. 2. *pr. D. h. t.* Qui servum servamve, alienum alienamve, quadrupedem vel pecudem *iniuria occiderit* etc.

L. 5. §. 1. *D. eodem. Iniuriam* autem hic accipere nos oportet, — *quod non iure factum est*, hoc est, contra ius, id est, *si culpa quis occiderit.* — Igitur *iniuriam* hic *damnum* accipiemus *culpa datum*, etiam ab eo, qui nocere noluit.

L. 27. §. 5. *D. eodem.* Caeterarum rerum, praeter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod *usserit*, *fregerit*, *ruperit iniuria* etc.

L. 27.

44) Sehr richtig sagt STRYK in Usu mod. Pand. h. t. §. 14. *Cum vero Lex Aquilia damnum etiam levissima culpa datum vindicet*, L. 44. D. h. t. *usu fori hoc communiter ad culpam levissimam in committendo admissam restringitur, cum omissio facilius excusari soleat commissione.*

45) S. SCHOEMANS Handbuch 1. B. S. 237. ff.

L. 27. §. 13. *D. eodem. Rupiſſe* verbum fere omnes Veteres ſic intellexerunt: *corruperit.*

L. 27. §. 17. *eod. Rupiſſe* eum utique accipiemus, qui vulneravit, vel virgis, vel loris, vel pugnis cecidit, vel telo vel quo alio, ut ſcinderet alicui corpus, vel tumorem fecerit; ſed ita demum, ſi damnum iniuria datum eſt. — *Aquilia* enim eas *ruptiones*, quae damna dant, perſequitur.

§. 13. *I. de Lege Aquilia.* RUPTUM intelligitur, quod quoquo modo *corruptum* eſt. Unde non ſolum *fracta*, aut *uſta*, ſed etiam *ſciſſa*, et *colliſa*, et *effuſa*, et quoquo modo *peremta*, atque *deteriora facta*, hoc verbo continentur.

§. 14. *I. eodem.* Illud palam eſt, ſicut ex primo capite ita demum quisque tenetur, *ſi dolo aut culpa eius homo aut quadrupes occiſus occiſave fuerit*: ita ex hoc capite *de dolo aut culpa et de caetero damno quemque teneri.*

Sollte denn aber vielleicht das Vertragsverhältniß einen Unterſchied machen? das ſey ferne! Wie könnte denn der Contract Jemanden berechtigen, dem Andern einen Schaden ohne Erſatz zuzufügen, für welchen er im nichtvertragsmäßigen Verhältniß verantwortlich ſeyn würde[46])? Was

46) STRYK in Tract. de actionib. for. inveſtigand. Sect. I. membr. X. §. 28. bemerkt ſehr richtig: *non poſſe contractum intervenientem maiorem delinquendi licentiam alteri tribuere, niſi forte expreſſe conventum, ſe de leviſſima culpa teneri nolle.* Daß eine ſolche beſondere Verabredung, welche Stryk hier als Ausnahme annimmt, wirklich gelte, erhellet aus *L.* 27. §. 29. *D. h. t.*

Was hat denn das Verhältniß des Schadenserſatzes mit den Vertragsverhältniſſen für eine Verbindung? und warum ſollte das Recht des Schadenserſatzes in vertragsmäßigen Verhältniſſen anders, als in nichtvertragsmäßigen zu beſtimmen ſeyn? Die Geſetze belehren uns vielmehr ausdrücklich, daß die actio Legis Aquiliae mit allen Contractsklagen electiv concurrire, inſofern es auf Schadenserſatz ankommt.

L. 7. §. *ult. D. h. t. Proculus* ait, ſi medicus ſervum imperite ſecuerit, *vel ex locato vel ex Lege Aquilia competere actionem.*

L. 18. *D. eod.* Sed et ſi is, qui pignori ſervum accepit, occidit eum, vel vulneravit; *Lege Aquilia* et *pigneratitia* conveniri poteſt. Sed alterutra contentus eſſe debebit actor.

L. 42. *D. eodem.* Qui tabulas teſtamenti depoſitas, aut alicuius rei inſtrumentum ita delevit, ut legi non poſſit, depoſiti actione, et ad exhibendum tenetur: quia corruptam rem reſtituerit, aut exhibuerit. *Legis quoque Aquiliae actio ex eadem cauſa competit.* Corrupiſſe enim tabulas recte dicitur et qui eas interleverit.

L. 16. §. 5. *D. Familiae erciſc.* Denique ait (*Iulianus*), ſi unus ex heredibus rationes hereditarias deleverit, vel interleverit, *teneri quidem Lege Aquilia*, quaſi corruperit: non minus autem etiam *familiae erciſcundae iudicio.*

L. 18. §. 1. *D. Commodati.* Sive autem pignus, ſive commodata res, ſive depoſita, deterior ab eo, qui acceperit, facta ſit, *non ſolum iſtae ſunt actiones, de quibus loquimur, verum etiam Legis Aquiliae*: ſed ſi qua earum actum fuerit, aliae tolluntur.

L. 47.

L. 47. §. 1. *et L.* 48. *D. Pro socio.* Si damnum in re communi socius dedit, *Aquilia* teneri eum, et *Celsus*, et *Iulianus*, et *Pomponius* scribunt: sed nihilominus et *pro socio* tenetur.

L 30. §. 2. *D. Locati.* Qui mulas ad certum pondus oneris locaret, cum maiore onere conductor eas rupisset, consulebat de actione? Respondit, vel *Lege Aquilia* vel *ex locato* recte eum agere. Sed *Lege Aquilia* tantum cum eo agi posse, qui tum mulas agitasset: *ex locato*, etiam si alius eas rupisset, cum conductore recti agi.

L. 43. *D. eodem.* Si vulneraveris servum tibi locatum, eiusdem vulneris nomine, *Legis Aquiliae* et *ex locato actio* est: sed alterutra contentus actor esse debet; idque officio iudicis continetur, apud quem ex locato agetur.

Nach diesen Gesetzen hat es nun also wohl keinen gegründeten Zweifel, daß der Depositar, ferner der Empfänger eines Precariums nach der Lex Aquilia eben so gut für jede culpose positive Beschädigung haften, wie alle übrige, wenn sie gleich sonst nur für schädliche Unthätigkeit aus groben Versehen (culpa lata) verantwortlich sind. Es darf jedoch bey dieser Gelegenheit nicht unbemerkt gelassen werden, daß die Regel, nach welcher eine jede Beschädigung durch Handeln ohne Rücksicht auf den Grad der Culpa der Klage des Aquilischen Gesetzes unterworfen ist, zwey bedeutende Ausnahmen leidet, nämlich bey dem Agrimensor und dem Schenker[47]). Ersterer soll wegen

47) S. SCHOEMANS Handbuch 1. B. S. 229. sq.

wegen fälschlicher Bestimmung des Maaßes nur für dolus und culpa lata haften[48]). Die actio Legis Aquiliae kann darum gegen ihn nicht angestellt werden, weil sie eine wirkliche Verletzung, eine Corruption der Sache voraussetzt, welche durch die Angabe eines falschen Maaßes nie entsteht. Ueberdem war zwischen dem agrimensor und demjenigen, dessen Grundstück er maas, nach dem römischen Civilrechte kein gültiges Geschäft vorhanden, sondern es war nur eine Gefälligkeit, welche jener diesem erzeigte, wenn er eine solche Messung übernahm[49]). Gab er also ein falsches Maas an, so hatte gar keine Klage gegen ihn auf den Ersatz des verursachten Schadens Statt; er mochte für seine Mühe ein Honorar bekommen haben, oder nicht. Nur der Prätor gab eine Klage, wenn er sich eines dolus oder culpa lata schuldig gemacht hatte. Haec actio *dolum malum* duntaxat exigit; sagt Ulpian, visum est enim, satis abundeque coerceri mensorem, si *dolus malus solus* conveniatur eius hominis, *qui civiliter obligatus non est. Proinde, si imperite versatus est, sibi imputare debet, qui eum adhibuit*; sed et si negligenter, aeque mensor securus erit. *Lata culpa* plane dolo comparabitur[50]). Auch der Schenker haftet nach Justinianeischem Rechte bis zur Uebergabe der versprochenen Sache nur für dolus und culpa lata, weil er keinen Vortheil aus dem Geschäfte zieht; der Beschenkte aber ist zur Anstellung der Klage aus dem Aquilischen Gesetz darum nicht berechtiget, weil er weder Eigen-

48) *L. 1. §. 1. D. Si mensor falsum mod. dix.*

49) *L. 1. pr. D. cit.* Non crediderunt Veteres, inter talem personam locationem et conductionem esse, *sed magis operam beneficii loco praeberi.*

50) S. von Löhr Beyträge zu der Theorie der Culpa S. 77. ff.

Eigenthum, noch ein dingliches Recht an der ihm versprochenen Sache hat [51]). Dahingegen nimmt man auch einen Fall an, wo Jemand Schaden in einem Contracte leidet, und keine andere Klage anstellen kann, als die des Aquilischen Gesetzes. Dieser Fall ist beym Darlehn möglich, wenn der Empfänger durch ein Versehen des Darleihers eine verdorbene oder verfälschte Sache erhält. Denn eine actio mutui contraria giebt es nicht [52]).

§. 700.

Bedingungen des Aquilischen Gesetzes. I. Widerrechtlicher Schaden durch positives Handeln.

Die erste und wichtigste Bedingung des Aquilischen Gesetzes, und der daraus entspringenden Klage ist also die, daß Jemand durch positive Handlungen, sey das Versehen auch noch so gering, einem Andern widerrechtlich geschadet habe, gleichviel, ob zwischen dem Beschädiger und Beschädigten ein Vertragsverhältniß vorhanden sey, oder nicht [53]). Zwar meint Hellfeld, es komme nichts darauf an, ob der Schade *committendo* oder *omittendo* geschehen sey. Allein das Gegentheil lehrt offenbar Ulpian [54]), wenn er, in Beziehung auf die Auctorität eines Julians sagt: Sunt casus, quibus cessat *Aquiliae actio.* — *Nam qui agrum non proscindit, qui vites*

51) Von Löhr Beyträge S. 221. ff.

52) S. STRYK Tract. de actionib. forensib. investigand. Sect. I. Membr. V. §. 3. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 769. Not. 1. und THIBAUT System des P. R. 2. B. §. 886. a. E.

53) S. von Löhr Theorie der Culpa §. 15.

54) *L. 13. §. 2. D. de Usufructu.*

non subserit, item aquarum ductus corrumpi patitur, Lege Aquilia non tenetur. Wäre die Klage aus dem Aquilischen Gesetz auch schon wegen einer schädlichen Unthätigkeit begründet, so wären die cautio usufructuaria und die cautio damni infecti überflüssig[55]). Nur in dem Falle ist durch die Auslegung der Römischen Rechtsgelehrten eine *actio utilis* ad exemplum Legis Aquiliae zugelassen worden, wenn die Unterlassung die Ursache ward, daß der Schade aus einer vorhergegangenen positiven Handlung entstand[56]), wie z. B. in dem Falle, wenn ein Chirurgus nach unternommener Operation die Cur vernachlässigte, oder ein Becker durch Heitzung seines Backofens, wegen Mangels der nöthigen Aufsicht, einen Brand veranlaßte, oder wenn Jemand die schädliche Handlung eines Andern zu verhindern unterließ, welche er aus Pflicht hätte hindern sollen, und können, von welchen Fällen die vom Hellfeld angeführten Gesetzstellen[57]) reden. Uebrigens sind die Fälle sehr mannigfaltig, in welchen das Aquilische Gesetz zur Anwendung kommt. Es können aus diesem Gesetz auch diejenigen belangt werden, welche zwar ein an sich erlaubtes Geschäft verrichten, aber dabey vorsätzlich, oder auch durch Unvorsichtigkeit und Ungeschicklichkeit Schaden thun. Z. B. Lehrmeister oder sonstige Vorgesetzte, welche ihre Lehrlinge und Untergebene durch unmäßige oder unvorsichtige

55) S. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 3.

56) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3006.

57) *L. 8. pr. L. 27. §. 9. L. 44. §. 1. L. 45. pr. D. h. t.* Man vergleiche über diese Stellen SUAREZ *de* MENDOZA Commentar. ad Leg. Aquil. Lib. II. Cap. II. Sect. II. nr. 18. seqq. (bey) MEERMAN Tom. II. pag. 92. seqq.)

sichtige Züchtigung beschädigen[58]). Beamte, wenn sie durch Excesse in der Amtsführung Schaden thun, ohne durch pflichtwidrige Widersetzlichkeit des Unterthans dazu veranlaßt worden zu seyn[59]). Bauleute, welche einen gehobenen Balken fallen lassen, Dachdecker, welche Ziegel von der Höhe herunterwerfen, ohne die Vorübergehenden zu warnen, und dadurch Schaden anrichten[60]). Aerzte, Wundärzte, Apotheker und Hebammen, welche schädliche Arzneyen verschreiben, oder machen, oder durch ungeschickte Operationen schaden[61]). Künstler und Professionisten, die dasjenige zerbrechen, was ihnen zu verarbeiten gegeben worden ist[62]). Fuhrleute, wenn sie durch ungeschicktes Aufladen, Fahren, oder Umwerfen Schaden thun[63]). Schiffer, welche ein anderes Schiff durch ungeschicktes Ansegeln be-

58) *L. 5. §. 3. D. h. t.* Proponitur apud *Iulianum* species talis: sutor, inquit, puero discenti, ingenuo, filiofamilias, parum bene facienti, quod demonstraverat, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur. Dicit igitur *Iulianus*, injuriarum quidem actionem non competere, quia non faciendae injuriae causa percusserit, sed monendi et docendi causa. An ex locato, dubitat: quia levis duntaxat castigatio concessa est docenti. Sed *lege Aquilia* posse agi non dubito. *L. 6. D. eod.* Praeceptoris enim nimia saevitia culpae adsignatur. Add. *L. 13. §. 4. D. Locati.* S. *Ger.* NOODT in Comm. ad L. Aquil. cap. 6.

59) *L. 29. §. 7. D. h. t. L. 13. D. de peric. et commodo rei vendit.*

60) *L. 11. §. 4. L. 31. D. h. t. §. 5. I. eodem.*

61) *L. 7. §. 6. et 7. L. 8. pr. L. 9. pr. D. h. t. §. 1. I. eodem.* VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 23.

62) *L. 27. §. 29. D. h. t.*

schädigen[64]). Reiter und Kutscher, welche ihre Pferde nicht gehörig regieren können[65]). Nicht minder diejenigen, welche erlaubte Spiele treiben, aber solche auf eine ungebührliche Art, an einem unschicklichen Orte, oder zur ungebührlichen Zeit unternehmen[66]). Besonders können auch diejenigen, durch deren Verwahrlosung eine Feuersbrunst entsteht, von den Bewohnern der dadurch abgebrannten Häuser mit der Klage des Aquilischen Gesetzes belangt werden[67]). Uebrigens kommt nichts darauf an, ob Jemand den Schaden unmittelbar selbst anrichtet, oder durch Anreitzen, Zureden oder Beystandleisten zur Beschädigung die Veranlassung giebt[68]).

Da es also immer nur widerrechtliche Handlungen sind, welche die Lex Aquilia vindicirt; so folgt hieraus,

1) daß diejenigen, die jener nicht fähig sind, auch nicht auf Schadenersatz belangt werden können. Aus diesem Grunde ist der Wahnsinnige nie, ein Unmündiger aber nur dann zum Ersatz verbunden, wenn er schon einer Culpa fähig ist.

L. 5.

63) *L.* 27. §. 33. *L.* 52. §. 2. *D. h. t. L.* 13. *pr. D. Locati.* S. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 17.

64) *L.* 29. §. 2. *D. h. t.* VOET h. t. §. 15.

65) §. 8. *I. h. t. L.* 8. §. 1. *D. eod. L.* 1. §. 5. *D. Si quadrupes pauperiem feciſſe dicat.*

66) §. 4. *I. h. t. L.* 9. §. *ult. L.* 10. *D. eodem.*

67) *L.* 27. §. 7. 8. *et* 11. *D. h. t.* S. VOET h. t. §. 19. et 20. Hat Jemand einen Feuerungsplatz auf eine solche Art angelegt, daß er meinem Gebäude gefährlich ist, so kann ich zwar nicht ex Lege Aquilia klagen; allein ich kann eine cautio damni infecti fordern. *L.* 27. §. 10. *D. h. t.*

68) *L.* 7. §. 3. *L.* 9. §. 3. *et L.* 11. §. 5. *D. h. t.* VOET h. t. §. 25.

L. 5. §. 2. *D. h. t.* sagt: Et ideo quaerimus, si *furiosus* damnum dederit, an Legis Aquiliae actio sit. Et *Pegasus* negavit. *Quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit?* Et hoc est verissimum. *Cessabit igitur Aquiliae actio.* — Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. Quod si impubes id fecerit, *Labeo* ait, quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum; et hoc puto verum, *si sit iam iniuriae capax.*

Viele wollen diese Stelle zwar nur so verstehen, als ob vermittelst der Lex Aquilia, als welche freylich immer eine culpa voraussetzt, kein Ersatz von einem furiosus gefordert werden könne. Allein deswegen trete doch nach andern Stellen auch bey diesem eine Verbindlichkeit zum Schadenersatz ein, und zwar so, daß wenn der Schade, ohne Beziehung auf eine obligatio, geschehen ist, jener durch eine *actio in factum* eingeklagt werden könne. Diese Klage habe gerade alsdann Statt, wenn die eigentliche Klage aus dem Aquilischen Gesetz wegfällt. Man beruft sich deshalb auf folgende Gesetzstellen.

L. 46. *D. de obligat. et act.* Furiosus et pupillus, *ubi ex re actio venit*, obligantur, etiam sine curatore, vel tutoris auctoritate: veluti si communem fundum habeo cum his, et aliquid in eum impendero, vel *damnum in eo pupillus dederit.* Nam iudicio communi dividundo obligabuntur.

L. 33. §. 1. *D. h. t.* In damnis, quae Lege Aquilia non tenentur, *in factum datur actio.*

Allein man irrt sich gewaltig, wenn man meint, daß diese actio in factum ohne Unterschied Statt habe, die

Handlung, wodurch ein Schade angerichtet worden ist, möge ihrem Urheber zugerechnet werden können, oder nicht. Es erhellet vielmehr aus andern Gesetzstellen, daß die actio in factum, welche in den Fällen Statt haben soll, wo die Klage des Aquilischen Gesetzes wegfällt, ebenfalls voraussetze, daß demjenigen eine Schuld beyzumessen sey, wider welchen sie soll angestellt werden können. Cum non sufficiat, neque directa, neque utilis Legis Aquiliae actio, sagt Justinian [69]), placuit eum, *qui obnoxius fuerit*, in factum actione teneri. Es hat zwar keinen Zweifel, daß, wo eine obligatio ex re entsteht, auch der Wahnsinnige und der Unmündige, ohne Curator und Tutor verbunden sind. Daß dieses aber durch Schadenszufügung geschehen könne, sagt Paulus in der angeführten L. 46 der hier so genau unterscheidet, ausdrücklich nur von dem Pupillen, welcher allerdings, sofern er pubertati proximus ist, sich einer culpa schuldig machen, und also ex Lege Aquilia gehalten seyn kann [70]); aber keinesweges von dem furiosus, bey dem doch die Sache den meisten Zweifeln unterworfen ist. Was von einem furiosus gilt, muß aus gleichem Grunde auch von einem infans gelten. Von beyden sagt Pomponius [71]): Quod *infans*, vel *furiosus* possessor *perdidit*, vel *corrupit*, impunitum est. Soviel ist indessen gewiß, daß eine Klage auf Schadensersatz, und zwar aus eignen Mitteln, gegen diejenigen Statt

69) §. *ult. I. h. t.*

70) *L. 23. D. de furt.*

71) *L. 60. D. de Rei Vindic.* S. NOODT ad L. Aquil. cap. 10. SUAREZ *de* MENDOZA Comm. ad L. Aquil. Lib. I. cap. 2. (bey MEERMAN Tom. II. p. 17. sqq.) VOET h. t. §. 29. und Löhr Theorie der Culpa. 2. Abschn. §. 17. S. 101. ff.

Statt habe, welchen die Aufsicht über den Wahnsinnigen übertragen war, wenn ihnen eine Nachlässigkeit dabey zur Last fällt[72]).

2) Die Lex Aquilia findet keine Anwendung, wenn der Schade blos zufällig ist. Z. B. es zündet Jemand mit aller Vorsicht auf seinem Acker Feuer an, um Stoppeln zu verbrennen. Ein plötzlich entstandener Wind treibt das Feuer auf des Nachbars Grundstück, und verursacht einen Brandschaden. Hier findet keine Klage Statt. Si omnia, quae oportuit, observavit, et subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa, sagt Paulus[73]).

3) Auch ist derjenige außer aller Verantwortung, welcher so zu handeln berechtiget war, wie er wirklich gehandelt hat. Nemo enim damnum facit, sagt Paulus[74]) nisi qui id fecit, *quod facere ius non habet.* Dahin gehört,

a) wenn man, um sich gegen die Gewaltthätigkeiten Anderer zu schützen, denselben schadet, ohne dabey die Grenzen der Vertheidigung zu überschreiten. Die Art des Angriffs ist ganz gleichgültig. Es kann sich auch die Vertheidigung bis auf Tödung des Angreifenden erstrecken, wenn

72) *L. 14. D. de officio Praesid.* S. STRYK Us. mod. Pand. Lib. IX. Tit. 1. §. 2.

73) *L. 30. §. 3. in fin. D. h. t.* Add. *§. 3. I. eod. L. 29. §. 3. et L. 52. §. ult. D. eodem.* Vid. de MENDOZA Lib. I. Cap. II. Sect. VII.

74) *L. 151. D. de Reg. iuris.* S. MENDOZA Comment. Lib. I. cap. II. Sect. I. und von Löhr Theorie der Culpa. 2. Abschn. §. 16.

wenn kein anderes Mittel vorhanden war, der Gefahr zu entgehen [75]).

L. 4. pr. et §. 1. *D. h. t.* sagt: Si servum tuum latronem, insidiantem mihi, occidero, securus ero. *Nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere.* — Lex duodecim Tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit [76]): ut tamen id ipsum cum clamore testificetur. Interdiu autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat: ut tamen aeque cum clamore testificetur.

L. 5. pr. D. eodem. Sed et si quemcunque alium ferro se petentem quis occiderit, non videbitur iniuria occidisse: *et si metu quis mortis furem occiderit, non dubitabitur, quin Lege Aquilia non teneatur.* Sin autem, cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est, ut injuria feciſſe videatur: ergo et *Cornelia* tenebitur [77]).

Habe

75) Man sehe hier Feuerbachs Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 37. u. §. 38. der 4. Aufl.

76) CICERO *pro Milone* c. 3. GELLIUS *Noct. Attic.* Lib. XI. c. 18. MACROBIUS *Saturnal.* Lib. I. cap. 4. Man sehe auch *Ev.* OTTO de Legg. duodecim Tabularum. Cap. VIII. (in *Praefat.* Tom. III. *Thes. iur. Rom. praem.* pag. 30.)

77) *Ger.* NOODT Probabil. Lib. I. c. 9. und in Comm. ad Leg. Aquil. Cap. 9. hält die Lesart hier für fehlerhaft, und will statt *Cornelia*, von welcher hier gar die Frage nicht sey, *Aquilia* lesen. Allein für die Richtigkeit der Lesart bürgt nicht nur die Uebereinstimmung derselben mit der *Collatio Legg. Mosaic. et Roman.* Tit. VII. §. 3. sondern auch eine andere, ebenfalls aus Ulpians *Lib. 18. ad Edictum* genommene Stelle, *L. 23. §. 9. D. ad Leg. Aquil.* Ueberdem deuten die Worte: *maluit occidere,*

Habe ich bey meiner Vertheidigung aus Versehen einen Dritten unschuldigen geschadet, so bin ich ex Lege Aquilia zur Schadloshaltung verbunden.

L. 45.

dere, offenbar auf einen Fall hin, wo der Tödende mit Ueberlegung handelte. Mit Recht konnte also Ulpian sagen, daß auch die *Lex Cornelia* hier zur Anwendung komme. Es sind auch die Worte *magis est, ut injuria feciſſe videatur*, dieser Erklärung gar nicht entgegen. Denn was nöthiget uns denn, unter *injuria* hier gerade nur eine culpa zu verstehen? Das Wort *iniuria* begreift ja auch den dolus unter sich. §. 14. *I. h. t.* Die Basiliken haben zwar das *Princ.* der *L.* 5. nicht, Tom. VII. Lib. LX. Tit. 3. pag. 43. Allein der griechische Scholiast hat die ganze Stelle ad L. 3. Tit. 3. pag. 67. wo sie so lautet: Εἰ δὲ καὶ τὸν ἑτοιμα δήποτε μετὰ σιδήρε μοι ἐπιόντα προφθάσας ἀνέλω, ἐ δοκῶ ἀδίκως ἀναιρειν αὐτὸν. Εἰ δὲ καὶ φοβηθεὶς τὸν ἐκ τῆς κλέπτε θάνατον ἀνέλω, οὐ κατέχομαι τῷ Ακουιλίω. Ἐὰν δε δυναμενος κατασχεῖν ακινδύνως τον κλέπτην, και παραδοῦναι αὐτὸν, ἠβελήθην μᾶλλον ἀνελεῖν αὐτὸν, ἐπεὶ ἀδικως αὐτόν φονεύω Κορνελίω τῷ ἀνδροφονίας κατέχομαι. i. e. *Sed ſi quemcunque, cum ferro irruentem in me, praeveniens occidero, non videor iniuria occidere. Et ſi timens, ne me fur occideret, eum occidero, non teneor Aquilia. Sin autem, cum poſſem ſine periculo furem retinere, et tradere, maluero occidere, quia iniuria occidi, Cornelia de caede teneor.* Man vergleiche übrigens *Io. van de* WATER Obſervat. iuris Rom. Lib. I. cap. 18. *Ullr.* HUBER Eunom. Rom. ad Lib. IX. L. 5. pr. D h. t. pag. 406. ſq. *Chriſtfr.* WAECHTLER Notae ad *Noodtii* Prob. iur. civ. Lib. I. c. 9. in *Opuſcul.* pag. 215. ſqq. *Ant.* SCHULTING ad Moſaic. et Rom. LL. Collat. Tit. VII. §. 3. not. 14. in *Iurisprud. Antejuſtin.* pag. 760. und von Löhr Theorie der Culpa 2. Abſchn. §. 16. Not. 2. S. 93. ff.

L. 45. §. 4. *D. h. t.* Qui, cum aliter tueri se non possunt, damni culpam dederint[78]), innoxii sunt. *Vim enim vi defendere omnes leges, omniaque iura permittunt.* Sed si, defendendi mei causa, lapidem in adversarium misero, sed non eum, sed praetereuntem percussero, *tenebor Lege Aquilia.* Illum enim solum, qui vim infert, ferire conceditur; et hoc, si tuendi duntaxat, non etiam ulciscendi causa factum sit.

b) Wenn bey einer entstandenen Feuersbrunst ein Gebäude niedergerissen wird, ehe es noch von der Flamme ergriffen war, um dem Feuer Einhalt zu thun, und fernerem Schaden vorzubeugen. Daß die Policeyobrigkeit dazu berechtiget sey, ist keinem Zweifel unterworfen. Nur darüber stritten die Römischen Rechtsgelehrten, ob dieses Recht auch einem Privatmanne zustehe. **Labeo** und **Servius** sprachen ihm dies Recht völlig ab, und erklärten ihn, wenn wirklich Schaden entstanden ist, d. i. wenn das Feuer früher gelöscht worden, als es zu dem niedergerissenen Gebäude drang, zum Ersatz desselben verbindlich. **Celsius** und **Ulpian** räumten es ihm hingegen ein. Die Meinung der letztern, ohnehin die spätere, und vielleicht deswegen die billigere, ist durch die Aufnahme des K. **Justinians** in die Pandecten für uns die gesetzliche geworden.

L. 49. §. 1. *D. h. t.* Quod dicitur damnum iniuria datum Aquilia persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum injuria datum, quod cum damno inju-

78) Unser Cod. Pandectar. Mspt. lieset hier: *damnum culpa dederunt.* Eben so **Haloander**. **Baudoza** aber *damnum culpa dederint.*

injuriam attulerit: niſi, *magna vi cogente*, fuerit factum, ut *Celſus* ſcribit circa eum, qui *incendii arcendi gratia*, vicinas aedes intercidit, *nam hic ſcribit ceſſare Legis Aquiliae actionem.* Iuſto enim metu ductus, ne ad ſe ignis perveniret, vicinas aedes intercidit; *et ſive pervenit ignis, ſive ante extinctus eſt, exiſtimat, Legis Aquiliae actionem ceſſare.*

L. 7. §. 4. *D. Quod vi aut clam.* Eſt et alia exceptio, de qua *Celſus* dubitat, an ſit obiicienda, (d. h. von welcher Celſus glaubt, daß ſie opponirt werden könne) [79]) utputa ſi *incendii arcendi cauſa* aedes intercidi, et quod vi aut clam mecum agatur, aut *damni injuria. Gallus* (vielleicht *Celſus*) [80]) enim dubitat, an excipi oporteret, *quod incendii defendendi cauſa factum non ſit? Servius* autem ait, *ſi id magiſtratus feciſſet*, dandam eſſe. *Privato non eſſe idem concedendum*, ſi tamen quid vi aut clam factum ſit, neque ignis usque eo perveniſſet, ſimpli litem aeſtimandam, *ſi perveniſſet, abſolvi eum oportere. Idem ait eſſe, ſi damni injuria actum foret: quoniam nullam injuriam aut damnum dare videtur, aeque perituris aedibus.* Quodſi nullo incendio id feceris, deinde poſtea incendium ortum fuerit: non idem erit dicendum, quia non ex poſtfacto, ſed ex praeſenti ſtatu, damnum factum ſit, nec ne, aeſtimari oportere *Labeo* ait.

L. 3.

79) Die Richtigkeit dieſer Erklärung ergiebt ſich ſchon aus der vorhergehenden Stelle: noch mehrere Beweiſe hat NOODT ad L. Aquiliam cap. 19. Der Ausdruck *dubitat an*, für *non dubitat* kommt öfters vor. *L. 5. §. ult. D. h. t.* S. NOODT cit. libr. cap. 6. *Oper.* T. I. pag. 145.

80) S. NOODT locis citt.

L. 3. §. 7. *D. de incendio ruina naufr.* Quod ait Praetor de damno dato, ita demum locum habet, si *dolo malo* damnum datum sit, nam si dolus malus absit, cessat Edictum. Quemadmodum ergo procedit, quod *Labeo* scribit, si defendendi mei causa, vicini aedificium orto incendio dissipaverim: et meo nomine, et familiae, iudicium in me dandum? cum enim defendendarum mearum aedium causa fecerim, utique dolo careo: *puto igitur non esse verum, quod Labeo scribit. An tamen Lege Aquilia agi cum hoc possit? et non puto agendum; nec enim injuria hoc fecit, qui se tueri voluit, cum alias non posset*; et ita *Celsus* scribit.

Alle drey Fragmente sind von Ulpian. Viele glauben jedoch, daß die *L.* 49 *h. t.* der *L.* 7. *Quod vi* widerstreite. Suarez de Mendoza [81]), Voet [82]) und Ulrich Huber [83]) suchen daher den Widerspruch dadurch zu heben, daß sie sagen, die *L.* 49. rede bloß von der Klage des Aquilischen Gesetzes. Diese falle hier ganz weg, wenn das Feuer auch früher wäre gelöscht worden, als es bis zu dem niedergerissenen Gebäude drang. Weil hier kein damnum iniuria datum vorhanden sey. Allein nach der *L* 7. habe das Interdictum Quod vi aut clam Statt, wenn das niedergerissene Haus dem menschlichen Anscheine nach vom Feuer nicht würde ergriffen worden seyn. Weil jedoch die *L.* 7 ausdrücklich auch der Klage des Aquilischen Gesetzes Erwähnung thut, so erklären Thomasius [84]) und Po-

81) Comment. ad Leg. Aquil. Lib. I. cap. II. Sect. 6.

82) Commentar. ad Pand. h. t. §. 28.

83) Praelect. ad Pand. h. t. §. 1.

84) Ad *Huberum* cit. loc. in *Schol.*

Pothier[85]) die *L.* 49 vielmehr von dem Falle, wenn eine gegründete Besorgniß vorhanden war, daß das Feuer noch bis zu dem niedergerissenen Gebäude hätte vordringen können, die *L.* 7. hingegen von dem Falle, da das Niederreißen des von der Flamme noch nicht ergriffenen Gebäudes aus einer eitlen Furcht geschahe. Nur in dem letzten Falle finde eine Klage auf Schadenersatz statt, wenn allem Ansehen nach das Feuer gar nicht bis zu diesem Gebäude würde gekommen seyn. Allein durch eine Absonderung der verschiedenen Meinungen, welche Ulpian in den angeführten Fragmenten vorträgt, läßt sich, wie Löhr[86]) gezeigt hat, aller vermeintliche Widerspruch leicht heben. Daß Ulpians Meinung für die gesetzlich angenommene zu halten sey, erhellet auch aus den Basiliken[87]), wo die *L.* 49. §. 1. *h. t.* so ausgedruckt ist: Ο Ακουϊλιος ἄδικον ἐπιξητεῖ ξημίαν. Εἰ δέ τις εμπρησμου γενομένου διὰ τὸ σῶσαι τὸν ἴδιον οἶκον καταςρέψῃ τὸν τοῖχον, ἀγει ὁ Ακουϊλιος, εἴτε το πῦρ ἔφθασεν, εἴτε προσεβέσθη. i. e. *Aquilia damnum iniuria datum requirit. Quodsi quis incendio orto, suae domus servandae causa, vicinam intercidat, cessat Aquilia, sive pervenerit ignis, sive extinctus sit.*

c) Wenn Jemand in Gemäßheit seines Amts handelt, so ist er, so lange dies wirklich der Fall ist, für die Folgen seiner Handlungen nicht verantwortlich. Daher ist der Beamte, der gegen einen Widerspenstigen strenge zu verfahren genöthiget wird, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen nicht verbunden.

L. 29.

85) Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XXVIII. not. f.

86) Theorie der Culpa 2. Abschn. §. 16. S. 95. ff. Man s. jedoch auch EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius. civ. contr. h. t. Qu. 9. not. v.

87) Tom. VII. Lib. LX. Tit. 3. pag. 62. nach Fabrot.

L. 29. §. 7. *D. h. t.* Si quid magiſtratus adverſus reſiſtentem violentius fecerit, non tenebitur Aquilia [88]). Nam et cum pignori ſervum cepiſſet, et ille ſe ſuſpenderit, nulla datur actio.

§. 701.

Zweytes Erforderniß des Aquiliſchen Geſetzes. Unmittelbare Verletzung einer körperlichen Sache. Ausdehnung der L. A. auf mehrere Fälle. Daher entſtehende Verſchiedenheit der Klagen.

Die Lex Aquilia vindicirte aber bey weitem nicht jede Beſchädigung, die durch widerrechtliche Handlungen geſchieht. Sie ſetzte unmittelbare Verletzung einer fremden körperlichen Sache voraus, das heißt eine ſolche Beſchädigung, welche durch körperliche Einwirkung geſchehen iſt. Julian ſagt *L.* 51. *pr. D. h. t.*

Lege Aquilia is demum teneri viſus eſt, qui *adhibita vi*, et *quaſi manu* cauſam mortis praebuiſſet.

Eben ſo Juſtinian §. *ult. I. h. t.*

Placuit, ita demum directam ex hac Lege actionem eſſe, *ſi quis praecipue corpore ſuo damnum dederit.*

In der Folge erhielt ſie jedoch theils durch die Interpretation der Römiſchen Rechtsgelehrten, theils durch das Edict des Prätors in der Anwendung einen ſehr ausgedehnten Umfang. Man führte nämlich, als Supplemente der actio Legis Aquiliae, actiones utiles und in factum ein,

88) Quia magiſtratus non iniuria fecit, ſagt Noodt ad Leg. Aquil. cap. 6. quod iuris exequendi cauſa fecit.

ein, welche nun in allen Fällen, wo man mit der Klage des Aquiliſchen Geſetzes nicht auslangte, und widerrechtlich geſchadet worden, gebraucht werden konnten. Sehr treffend ſagt Pomponius *L.* 11. *D. de praeſcriptis verb. et in factum action.*

Quia actionum non plenus numerus eſſet, ideo plerumque actiones in factum deſiderantur. Sed et eas actiones, quae Legibus proditae ſunt, ſi Lex iuſta ac neceſſaria ſit, ſupplet Praetor in eo, quod Legi deeſt. *Quod facit in Lege Aquilia, reddendo actiones in factum, accommodatas Legi Aquiliae*: idque utilitas eius Legis exigit.

Desgleichen Paulus *L.* 33. §. 1. *D. h. t.* In damnis, quae *Lege Aquilia* non tenentur, *in factum datur actio.*

Vorzüglich aber gehört noch hierher die Stelle aus §. *ult. I. h. t.* wo Juſtinian ſagt:

Ideoque in eum, qui alio modo (ſcil. quam *corpore ſuo*) damnum dederit, *utiles actiones dari ſolent*: veluti ſi quis hominem alienum, aut pecus ita incluſerit, ut fame necaretur; aut iumentum ita vehementer egerit, ut rumperetur; aut pecus in tantum exagitaverit, ut praecipitaretur: aut ſi quis alieno ſervo perſuaſerit, ut in arborem aſcenderet, vel in puteum deſcenderet, et is aſcendendo, vel deſcendendo, aut mortuus, aut aliqua parte corporis laeſus fuerit: *utilis actio in eum datur.* Sed ſi quis alienum ſervum de ponte aut de ripa in flumen dejecerit, et is ſuffocatus fuerit, eo quod projecit, *corpore ſuo damnum dediſſe*, non difficulter in-

telligi poteſt: ideoque *ipſa Lege Aquilia tenetur.* Sed ſi non *corpore* damnum fuerit datum, *neque corpus laeſum fuerit*, ſed *alio modo* alicui damnum contigerit: cum non ſufficiat, neque directa, neque utilis Legis Aquiliae actio, placuit eum, qui obnoxius fuerit, *in factum actione teneri*: veluti ſi quis miſericordia ductus, alienum ſervum compeditum ſolverit, ut fugeret.

Nach dem Inhalt dieſer Geſetzſtellen ſind alſo drey verſchiedene Fälle in Abſicht auf die Art der Beſchädigung zu unterſcheiden, um die verſchiedenen Benennungen der auf die Lex Aquilia ſich beziehenden Entſchädigungs-Klagen zu erklären.

1) Die Verletzung einer körperlichen Sache iſt unmittelbar durch körperliche Einwirkung und thätlichen Angriff auf dieſelbe geſchehen. Z. E. es hat mir Jemand meinen Hund widerrechtlich todgeſchoſſen [89]). Hier hat *actio Legis Aquiliae directa* Statt.

2) Die Verletzung der fremden körperlichen Sache iſt ohne körperliche Einwirkung des Thäters blos mittelbar durch gegebene Veranlaſſung [90]), oder durch Conſumtion einer fremden fungiblen Sache geſchehen [91]). Hier hat *actio utilis ex Lege Aquilia* Statt. Z. B. es hat Jemand eines Andern Thier eingeſperrt, und verhungern laſſen; oder durch ſeine Schuld hat ſein Thier einem Andern geſchadet;

89) S. Günth. Heinr. von Berg Juriſt. Beobachtungen und Rechtsfälle 1. Th. Nro. XVI. S. 260. ff.

90) *L. 7. §. 6. L. 30. §. 3. D. h. t. L. 53. D. eod.*

91) *L. 30. §. 2. D. eod.* Si quis alienum vinum vel frumentum conſumſerit, non videtur damnum iniuria dare: ideoque *utilis* danda eſt actio. S. NOODT ad L. Aquil. cap. 15.

schadet; oder es hat Jemand aus Versehen eines Andern Wein oder Getraide consumirt.

3) Es ist dem Andern zwar in Rücksicht seiner Sache, aber ohne Verletzung derselben, ein Schaden zugefügt worden. Z. B. es hat mir Jemand ein Thier aus meiner Gewahrsam entkommen lassen. Hier hat blos eine vom Prätor der Billigkeit wegen eingeführte *actio in factum* Statt [92]).

Es ist jedoch noch zu bemerken, daß die *actio Legis Aquiliae utilis* zuweilen auch *actio in factum* in den Gesetzen [93]) genennt wird. Deswegen aber beyde Klagen für eine und ebendieselbe zu halten, wie Meister [94]) will, läßt sich nicht füglich behaupten. Denn die aus den Institutionen angeführte Stelle beweißt zu klar das Gegentheil. Auch Theophilus unterscheidet die Klagen genau in seiner griechischen Paraphrase *ad* §. 16. *I. h. t.* [95]) wenn er sagt:

Κανόνι δὲ γενικῷ δεῖ περιλαβεῖν, πότε ὁ δίρεκτος Ακουίλιος ἁρμόσει πότε δὲ ὁ ἀτίλιος. Καὶ τέως εἰδέναι χρή, ὅτι ὁ νόμος ἑαυτὸν δίδωσιν, ἐπειδὰν ἀδικηθῇ σῶμα, ἀλλ' εἰ μέν

92) Beyspiele kommen vor *L. 49. pr. D. h. t. L. 27. §. 14. D. eodem. L. 7. §. 7. D. de dolo malo.* S. SUAREZ *de* MENDOZA in Comm. ad L. Aquil. Lib. III. cap. 8. und *Io. Ortw.* WESTENBERG de Causis obligationum Dissert. V. Cap. IV. §. 11. sqq.

93) *L. 9. pr. L. 29. §. 7. L. 53. D. h. t. L. 51. D. de furt.* S. SUAREZ *de* MENDOZA in Comm. ad L. Aquil. Lib. III. cap. 7. nr. 11. pag. 164.

94) Diss. de in factum actionibus Cap. III. §. 40 — §. 44. (in *Opuscul.* pag. 398. sq.)

95) Tom. II. pag. 766. der Reitzischen Ausgabe.

ἐκ σώματος ἡ βλάβη προσγενήσεται, τυχὸν γὰρ ψιλαῖς ταῖς ἐμαυτῦ χερσὶν, ἢ μετὰ ξύλε ἢ λίθου, ἢ ἑτέρου τινὸς ὀργάνου, πλήξας ἀνεῖλον ἢ ἐτραυμάτισα, δίεκτος ὁ Ακυίλιος ἀρυόσει. Εἰ δὲ σῶμα μὲν ἠδικήθη, κ'κ ἀπὸ σώματος δὲ γέγονεν ἡ βλάβη, δίδοσθαι τὸν ὠτίλιον Ακυίλιον χρή: οἷον, τὸν ἐμόν τις οἰκέτην, ἢ τὸ ἐμὸν πέκους, ἐνέκλεισεν ἐπὶ χρόνον τοσῦτον, ὥστε λιμῷ διαφθαρῆναι. — Εἰ δὲ μηδὲ σώματί τις ἐβλαψεν, οὐδὲ σῶμά ἐςι τὸ ἀδικηθὲν, ξημία δέ τις προσγέγονεν ἐμοὶ, ἀργοῦντος τῦ διέκτε, ἐπειδὴ οὐκ ἀπὸ σώματος, καὶ ὠτιλίου δέ, διὰ τὸ μὴ ἀδικηθῆναι σῶμα ἤρεσε τὸν ξημιώσαντα ὑποπίπτειν τῇ in factum. οἷον, τὸν ἐμὸν οἰκέτην, ὡς ἁμαρτανοντά τι, δεσμοῖς περιέβαλον· τῦτον ἕτερος οἴκτῳ καὶ φιλανθρωπίᾳ κινηθεὶς, εἰδὼς ὅτι φεύξεται, λύσας ἀφῆκε τῶν δεσμῶν. i. e. *Aſt generali regula comprehendendum eſt, quando directa Lex Aquilia competat, quando utilis: et primo ſciendum eſt, Legem ſe ipſam dare, quum corpus laeſum fuerit, ſi tamen a corpore dammum proceſſerit, forte enim nudis meis manibus, aut ligno vel lapide, aut alio quo inſtrumento percutiens occidi aut vulneravi, Aquilia directa competet. Si corpus quidem laeſum, ſed dammum a corpore non factum fuit, utilem Aquiliam dari oportet: veluti aliquis ſervum meum vel pecus meum tanto tempore incluſit, ut fame perimeretur. — Quod ſi quis neque corpore laeſit, neque corpus laeſum eſt, ſed dammum mihi aliquod evenit, ceſſante directa, quia non a corpore proceſſit, ſed et utili, quia corpus non eſt laeſum, placuit laedentem actioni in factum ſubiacere. Veluti, ſervum meum, ut qui quid deliquit, vinculis conſtrinxi: hunc alius miſericordia et humanitate motus, fugiturum eſſe ſciens, vinculis ſolutum dimiſit.*

Wie aber dieſe Klagen eigentlich von einander unterſchieden ſind, darüber ſind die Rechtsgelehrten nicht einig. Einige

Einige[96]) ſetzen den Unterſchied darin, daß die *actio Legis Aquiliae utilis*, wie die aus dem Geſetz ſelbſt entſpringende Klage, eine actio ex delicto vel quaſi delicto ſey, die *actio in factum* aber aus der bloßen Billigkeit entſtehe. Jene ſey daher eine Pönalklage, wie aus *L.* 5. *C. h. t.*[97]) verglichen mit *L.* 2. §. 20. *D. de vi bonor. raptor.* erhelle; dieſe eine bloße actio rei perſecutoria. Allein dieſer Unterſchied ſcheint mir nicht gegründet zu ſeyn. Die *actio in factum* wird in den Geſetzen eben ſo, wie die *actio Legis Aquiliae utilis*, behandelt. Daher die häufige Verwechſelung dieſer Benennungen, welche bereits oben bemerkt

96) *Io. Ortw.* WESTENBERG de Cauſis Obligation. Diſſertat. V. Cap. IV. §. 14. ſqq. inprimis §. 33. *Iuſt. Henning* BOEHMER Doctr. de actionibus. Sect. II. Cap. XI. §. 23. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Quaeſt. 12. not. a. Tom. II. pag. 73.

97) *L.* 5. ſagt: De pecoribus tuis, quae per injuriam incluſa fame necata ſunt, vel interfecta, *Legis Aquiliae* actione in duplum agere potes. Daß das Geſetz von der poena inficiationis zu verſtehen ſey, erhellet aus den *Baſilic.* Lib. LX. Tit. 3. Conſtit. 62. Ο θρέμματα ἀποκλείσας ἢ λιμῷ διαφθείρας, κατέχεται τῷ Ακουιλίῳ ἐξ ἀρνήσεως διπλασιαζομένῳ. i. e. *Qui pecudes incluſit, vel fame necavit, tenetur Aquilia, ex inficiatione duplanda.* Die bey Fabrot Tom. VII. pag. 65. noch folgenden Worte: Καὶ σημείωσαι, ὅτι καὶ ὁ ὡρισμένος Ακουίλιος και τῶν διπλασιαζομένων ἐστί. Πολλοὶ γὰρ τῇ εναντία δόξῃ κεκράτηνται, τὸ νόμιμον τούτης τῆς διαταξεως αγνοοῦντες. i. e. *Et nota, quod utilis etiam Aquilia duplatur. Multi enim contraria opinione ducuntur, huius conſtitutionis ius ignorantes;* ſind, wie SUAREZ in Comm. ad Leg. Aquil. Lib. III. cap. V. Sect. I. nr. 17. et 18. ganz richtig bemerkt, blos eine in den Text eingeſchlichene Note des Thalelaus.

worden ist. Es läßt sich auch aus der bloßen Benennung der actio in factum eben so wenig, als daraus, daß sie eine prätorische Klage ist, folgern, daß sie bloß persecutorisch seyn müsse. Denn es giebt, wie schon Suarez[98]) bemerkt hat, mehrere prätorische actiones in factum, welche Pönalklagen sind. Man denke z. B. an die actio in factum de dejectis et effusis, ferner an die actio in factum ex Edicto de turba[99]). Andere[100]) geben daher folgende unterscheidende Merkmale an. 1) Die *actio in factum* setze immer einen Dolus, oder ein grobes Versehen voraus. Denn alle Texte, in welchen dieser Klage gedacht wird, reden entweder von einem dolus, oder von einer culpa lata[1]). Der Prätor bestrafe auch nur den dolus[2]). Allein die *actio utilis ex Lege Aquilia* habe Statt, wenn dem Beklagten auch nur eine culpa leviſſima zur Last falle. 2) Die *actio in factum* erlösche, als eine actio praetoria, in einem Jahre, die *actio utilis* aber, als eine actio civilis, erst in 30 Jahren. Allein auch diesen Unterschied halte ich eben so wenig den Gesetzen gemäß. Denn 1) sagt **Paulus** *L* 33. §. 1. *D. h. t.* ganz allgemein: In damnis, quae Lege Aquilia non tenentur, *in factum* datur *actio*; und **Pomponius** bemerkt insonderheit *L.* 11. *D. de praescr. verb.* die *actio in factum* sey *Legi Aquiliae accommodata.*

Ist

98) Comment. ad L. Aquil. Lib. III. Cap. V. Sect. I. nr. 16. pag. 158.

99) *L. 4. §. 11. D. de vi bonor. rapt.*

100) de COCCEJI in iur. civ. controv. h. t. Qu. 12.

1) *§. fin. I. h. t. L. 49. pr. D. eod. L. 55. §. fin. D. de acquir. rer. domin. L. 7. §. 7. D. de dol. malo.*

2) *L. 1. §. 1. D. Si menſor. fals. mod. dix.*

Ist nun also die actio in factum der Klage aus dem Aquilischen Gesetz völlig nachgebildet, so kann es wohl bey derselben eben so wenig auf einen gewissen Grad der Culpa ankommen, als bey der actio ex Lege Aquilia [3]). Nun ist zwar nicht zu läugnen, daß prätorische Pönalklagen sonst nur ein Jahr dauern [4]). Allein ein sehr wichtiger Grund wider die Anwendung dieser Regel, die ohnehin nicht ohne Ausnahme ist [5]), auf unsere actio in factum, daß diese auch in so kurzer Zeit erlösche, liegt in dem gänzlichen Stillschweigen der Römischen Juristen, deren Fragmente auf uns gekommen sind. Verbindet man nun damit noch den Umstand, daß diese actio in factum der actio Legis Aquiliae völlig nachgebildet ist, und daß die Grenze zwischen der actio utilis und in factum so sehr schwankend ist, so läßt sich gewiß mit vollkommenen Grund behaupten, daß beyde Klagen dieselbigen Eigenschaften und auch dieselbe Dauer haben [6]). Aus allem ergiebt sich also soviel, daß diese Klagen weder in Ansehung ihrer Wirkung, noch Dauer von einander verschieden sind, wie auch Everh. Otto [7]) und Egid von Löhr [8]) mit Recht behaupten.

3) S. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 26. und EMMINGHAUS ad *Coccejum*. h. t. Qu. 12. not. z.

4) *L. 35. pr. D. de obligat. et action. L. 7. §. 2. L. 9. D. Quod falso tut. auct. L. 9. §. 8. D. de reb. auct. iud. possid.*

5) Z. B. die actio praetoria de servo corrupto ist eine actio poenalis et perpetua. *L. 13. pr. D. de servo corrupto.*

6) S. von Löhr Theorie der Culpa §. 18. S. 115.

7) Commentar. ad §. 16. I. h. t. nr. 4.

8) Theorie der Culpa 2. Abschn. §. 14. S. 84. ff. und §. 18. S. 115. ff.

Der einzige Unterschied jener drey Klagen, die die Römer so sorgfältig trennen, scheint also nur in dem verschiedenen gerichtlichen Verfahren zu bestehen, das bey denselben Statt hatte. Dies läßt sich auch aus *L.* 47. §. 1. *D. de negot. gest.* schließen, wo gesagt wird:

Nec refert, *directa* quis, an *utili actione* agat, vel conveniatur: *quia in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec subtilitas supervacua est: maxime, cum utraque actio eiusdem potestatis est, eundemque habet effectum.*

Da nun bey uns alle iudicia in dem angegebenen Sinn extraordinaria sind, so fällt heut zu Tage aller practischer Unterschied der gedachten Klagen nach dem Urtheile der practischen Rechtsgelehrten [9]) hinweg.

§. 702.

Drittes Erforderniß des Aquilischen Gesetzes. *Damnum aestumabile.* Bestimmung des Interesse.

Eine wesentliche Bedingung dieser Klagen ist jedoch die, daß der verursachte Schaden das Vermögen des Beschädigten betreffe, und einer bestimmten Schätzung fähig sey. Ist dies nicht der Fall, so muß mit dem Gegenstande natürlich auch die Klage selbst wegfallen. Die Klage aus dem Aquilischen Gesetz findet daher nicht Statt, wenn ein freyer Mensch widerrechtlich getödet worden ist. Denn hier

9) S. STRYK us. mod. Pand. h. t. §. 6. BRUNNEMANN in Comm. ad L. 7 nr. 11. ad L. 9. nr. 1. et ad L. 11. nr. 14 D. h. t. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XIX. §. 6. MÜLLER ad *Struvium* Exercitat. XIV. Th. 27. not. β. BOEHMER iur. Digestor. h. t. §. 3. u. a. m.

hier ist keine Schätzung, und also auch kein Ersatz möglich [10]). Nach dem ältern teutschen Rechte konnte zwar der Todschläger zur Bezahlung eines sogenannten Wehrgeldes angehalten werden, welches der beleidigten Familie des Entleibten zu ihrer Genugthuung gebührte [11]). Allein an den mehresten Orten ist dieses aufgehoben, und wo es noch im Gebrauch ist, wird es, nach einer gewissen festgesetzten Größe, nur noch in dem Falle entrichtet, wenn der Todschläger mit der Todes- oder einer peinlichen Leibesstrafe verschonet wird, und die Entleibung nicht sowohl in einem Vorsatze, als in der bloßen Fahrlässigkeit ihren Grund hat [12]). Dagegen aber hat es keinen Zweifel, daß den unversorgten Kindern, so wie auch der Witwe des Getödeten, insofern sie dadurch ihres Versorgers wirklich beraubt worden sind, und ihr eigenes Vermögen zu ihrer Verpflegung nicht zureicht, das Recht zusteht, mittelst der actio Legis Aquiliae utilis, oder in factum, standesmäßigen Unterhalt zu fordern, und dieser gebührt ihnen als Entschädigung, die Entleibung mag mit Vorsatz, oder durch eine Unvorsichtigkeit des Thäters geschehen seyn, wenn auch nur die geringste Fahrlässigkeit daran Theil haben sollte. Es wird dabey in Rücksicht der Größe desselben auf

10) Ulpian sagt *L. 1. §. 5. D. de his, qui effuder.* In homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest, cum periit.

11) S. HERTII Diss. de herede occisi vindice; in EIUS *Commentat. et Opuscul.* Vol. I. Tom. III. *Abr.* KAESTNER Diss. de Werigeldo. *Lipsiae 1742.* HEINECCII Elem. iuris german. T. II. §. 22. 23. et §. 248.

12) S. BERGERI Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. 41. not. 1. und HAUBOLD ad *Eundem* c. l. not. t. KOCH Institut. iur. crimin. §. 464.

auf des Entleibten Alter und Leibeskräfte, nicht minder auf den Ertrag seines Verdienstes; in Rücksicht der Dauer aber auf die wahrscheinliche Lebensdauer des Getödeten gesehen, und dasselbe auf solche Art nach der Billigkeit und dem richterlichen Ermessen bestimmt [13]).

Ist ein freyer Mensch verwundet worden, so kann zwar kein Ersatz für die ihm an seinem Körper zugefügte Beschädigung, also kein Schmerzengeld, auch keine Vergütung wegen entstandener Verunstaltung, nach dem Römischen Rechte gefordert werden [14]); sondern dem Beschädigten wird nur eine *actio Legis Aquiliae utilis* gestattet, vermöge welcher er den Ersatz der Cur- und Heilungskosten, und dessen, was er während der Cur in seinen Geschäften versäumt hat, oder noch in der Folge hätte verdienen

13) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11. WESTENBERG de Causis Obligation. Diss. V. Cap. IV. §. 35. et §. 36. Struben rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 72. Meister rechtliche Erkenntnisse und Gutachten in peinl Fällen 1. Th. Decis. XXXV. nr. 31. KOCH Institut. iuris crimin. §. 464. in fin. WERNHER lectissim. Commentatt. in Pandect. h. t. §. 9. pag. 371. und vorzüglich Quistorp in den Beyträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien 4. Bd. Nr. XIV. oder Nr. LIX. der neuern Ausgabe. Ebenderselbe in den rechtlichen Bemerkungen 1. Th. Nr. CI. Zwar ist de COCCEJI in jure civ. controv. h. t. Qu. 1. anderer Meinung. Man sehe aber EMMINGHAUS ad *Eundem* not. x.

14) *L. ult. D. de his, qui effud. vel dejec.* Cicatricum autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem. Doch findet deshalb die *actio iniuriarum aestimatoria* Statt. §. 9. *I. de iniur. L. 7. §. 8. in f. D. eod.* S. *Ulr.* HUBERI Eunom. Rom. Lib. IX. ad L. ult. D. de his, qui effud. §. 2. pag. 422.

nen können, wenn er nicht durch die erlittene körperliche Verletzung zur Arbeit untauglich geworden wäre, fordern kann[15]).

Es ist nun noch insonderheit zu zeigen übrig, wie der Schaden, auf dessen Ersatz die gedachten Klagen angestellt werden können, zu bestimmen sey? und hier ist zuvörderst zu bemerken, daß nicht blos auf den Werth der beschädigten Sache allein, sondern auch auf alles übrige Interesse Rücksicht genommen werde, mithin nicht nur der positive, sondern auch der negative Schade in Betrachtung komme, in sofern man nämlich auf den entzogenen Gewinn mit Gewisheit rechnen konnte[16]).

L. 21. §. 2. *D. h. t.* Sed utrum corpus eius solum aestimamus, quanti fuerit, cum occideretur: an potius, quanti interfuit nostra, non esse occisum? *Et hoc iure utimur, ut eius, quod interest, fiat aestimatio.*

Wenn,

15) *L. 13. pr. D. h. t.* Liber homo suo nomine *utilem Aquiliae* habet *actionem*: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur. — *L. 3. D. Si quadrupes.* Sed impensarum in curationem factarum, et operarum amissarum, quasque amissurus quis esset, inutilis factus. — *L. ult. D. de his, qui dejec.* Cum liberi hominis corpus — laesum fuerit, iudex computat mercedes medicis praestitas caeteraque impendia, quae in curatione facta sunt: praeterea operarum, quibus caruit, aut carituras est, ob id, quod inutilis factus est. Man vergleiche VOET Comment. h. t. §. 11. NOODT ad Leg. Aquil. Cap. 2. KOCH Institut. iur. crim. §. 426. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1057. und Conci Abhandl. von der körperlichen Verletzung und der Verbindlichkeit den zugefügten Schaden zu ersetzen. Wien 1784.

16) Man sehe hier vorzüglich SUAREZ *de* MENDOZA Commentar. ad L. Aquil. Lib. I. cap. IV. et Sect. I — III.

Wenn daher z. B. aus einem gleichen zwey- oder vierspännigen Zuge ein Pferd widerrechtlich von Jemand getödet worden ist, so kommt nicht blos der Werth dieses Stücks in Anschlag, sondern es kann auch zugleich auf Ersatz dessen geklagt worden, was die übrigen Pferde nun als vereinzelt am Werth verloren haben.

L. 22. *D. h. t.* Proinde, si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi: utilitas venit in hoc iudicium. Item causae corpori cohaerentes aestimantur, si quis ex comoedis, aut symphoniacis, aut gemellis, aut quadriga, aut ex pari mularum unum vel unam occiderit. *Non solum enim peremti corporis aestimatio facienda est, sed et eius ratio haberi debet, quo caetera corpora depretiata sunt* [17]).

§. 10. *I. h. t.* Si ex pari mularum unam, vel ex quadrigis equorum unum quis occiderit; *non solum occisi fit aestimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quanti depretiati sunt, qui supersunt.*

Auf den Werth hingegen, welchen der Eigenthümer nach seiner besondern Vorliebe der vernichteten Sache beylegte, kann keine Rücksicht genommen werden, sondern nur der Werth wird gerechnet, den die Sache für jeden Besitzer gehabt haben würde, der sich in den Verhältnissen des Beschädigten befunden hätte.

L. 33. *pr. D. h. t.* Si servum meum occidisti, *non affectiones aestimandas esse puto*: veluti si filium tuum natura-

17) Andere Beispiele kommen vor *L.* 23. §. 4. *L.* 37. §. 1. *et L.* 55. *D. h. t.* Man sehe vorzüglich VOET Comm. h. t. §. 6. und SUAREZ Comment. ad L. Aquiliam Lib. I. cap. IV. Sect. II. pag. 47. sq.

turalem quis occiderit, quem tu magno emtum velles: *sed quanti omnibus valeret.* Sextus quoque Pedius ait, *pretia rerum, non ex affectione, nec utilitate singulorum, sed communiter fungi*[18]).

Zu diesem Werthe wird aber nicht allein der Schade gerechnet, welcher unmittelbar durch die Verletzung entstanden ist, sondern auch jeder, der ohne sie würde vermieden worden seyn.

In Lege enim Aquilia, fährt die angeführte *L.* 33. *h. t.* fort, damnum consequimur: *et amissse dicemur, quod aut consequi potuimus, aut erogare cogimur.*

Auch Justinian sagt §. 10. *I. h. t.*

Illud non ex verbis Legis, sed ex interpretatione placuit, non solum peremti corporis aestimationem habendam esse, *sed eo amplius quicquid praeterea, perempto eo corpore, damni nobis illatum fuerit.* Veluti si servum tuum heredem ab aliquo institutum, ante quis occiderit, quam is iussu tuo hereditatem adierit: *nam hereditatis quoque amissae rationem esse habendam constat.*

Eben so Ulpian *L.* 23. *pr. D. h. t.*

Inde

18) Das Wort *fungi*, welches hier, so wie auch *L.* 63. *pr. D. ad Leg. Falcid.* von pretiis rerum gebraucht wird, scheint mehreren verdächtig. S. *Nic.* CATHARINUS Observation. libro c. 7. (in *Ev* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. I. pag. 487.) und DUARENUS in Comm. ad L. Falcid. cap. 8. Allein der Ausdruck ist ächt römisch und nichts daran zu ändern. Dicuntur *pretia rerum fungi*, sagt ganz richtig *Iac.* VOORDA in Commentar. ad Leg. Falcidiam. Cap. VIII. §. 19. not. a. pag. 184. *quum usum sui praebent in constituenda bonorum quantitate.*

Inde *Neratius* scribit, si servus heres institutus occisus sit, *etiam hereditatis aestimationem venire* [19]).

Ein blos ungewisser Gewinn kommt hingegen in keine Betrachtung.

L. 29. §. 3. *D. h. t.* *Labeo* et *Proculus*, circa retia piscatorum, in quae navis inciderat, existimarunt, si culpa nautarum id factum esset, Lege Aquilia agendum, sed ubi damni injuria agitur, ob retia, *non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem*; *cum incertum fuerit, an caperentur.*

Wenn sich der wirklich zugefügte Schaden in dem Augenblicke der Beschädigung noch nicht völlig äussern kann, so ist der Unterschied wichtig, ob derselbe schon jetzt gewiß ist, oder doch in der Folge gewiß werden kann, oder nicht. In jenem Falle wird es so angesehen, als wenn die Handlung gleich von Anfang ihre volle Wirkung hervorgebracht hätte; in diesem aber wird auf die ungewisse Folge gar keine Rücksicht genommen. Dieser Unterschied liegt

19) Diesen Stellen ist *L. 63. D. ad Leg. Falcid.* nicht entgegen. Denn wenn es daselbst heißt: Sed nec heredem *post mortem testatoris* institutum servum tanto pluris esse, quo pluris venire potest, *Pedius* scribit: — cum multis causis accidere possit, ne iussu nostro adeat; so ist dies blos in Beziehung auf die Falcidia zu verstehen, bey deren Berechnung nämlich auf den Zustand der Erbschaft zur Zeit des Todes des Testirers gesehen wird, ohne alle Rücksicht auf eine nach dem Tode desselben entstehende Vermehrung oder Verminderung derselben. *L. 30. pr. L. 56. pr. L. 73. pr. D. ad L. Falcid.* S. VOORDA Comm. ad L. Falcid. Cap. VIII. §. 19. pag. 185. und SUAREZ Comment. ad L. Aquil. Lib. I. cap. 4. Sect. I. nr. 7. sqq.

liegt in der Natur der Sache selbst. Denn nur in jenem Falle ist wirklich in dem Augenblicke der Handlung Schaden zugefügt worden; in diesem aber ist nur ein ungewisser und zukünftiger Schaden vorhanden, der eben um deswillen gar nicht geschätzt werden kann [20]). Zur Erläuterung des ersten Falles führen die Gesetze das Beyspiel an, wenn ein Sklave tödlich verwundet worden, der erst eine Zeitlang nachher an dieser Wunde gestorben ist. Hier wird es so angesehen, als wenn er in dem Augenblick getödet worden wäre, da er die tödliche Wunde erhielt [21]). Wie aber, wenn der Sklave, noch ehe er an den Folgen seiner Wunde starb, von einem Andern wäre getödet worden? Hierüber waren die Römischen Rechtsgelehrten verschiedener Meinung. Celsus und Marcellus, denen Ulpian [22]) beystimmt, behaupteten, der erste hafte nur wegen der Verwundung, der letzte aber wegen der Tödung. Der Unterschied bestand darin, daß gegen den letzten aus dem ersten Capitel der Lex Aquilia, gegen den ersten aber nur aus dem dritten Capitel geklagt werden konnte, welches auf die Art der Aestimation einen bedeutenden Einfluß hatte, wie der folgende §. lehren wird. Julian [23]) hingegen war

20) S. von Löhr Theorie der Culpa 2. Absch. §. 20. S. 123. ff.

21) *L. 21. §. 1. L. 46. et L. 47. D. h. t.*

22) *L. 11. §. 3. D. h. t.* CELSUS scribit: *si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit: priorem quidem non teneri, quasi occiderit, sed quasi vulneraverit, quia ex alio vulnere periit: posteriorem teneri, quia occidit*, quod et MARCELLO videtur, *et est probabilius.*

23) *L. 51. D. h. t.* Ita vulneratus est servus, ut eo ictu certum esset moriturum: medio deinde tempore heres institutus est: et postea ab alio ictus decessit. Quaero, an cum utroque de occi-

so

war der Meinung, daß in dem vorliegenden Falle gegen beyde wegen der Entleibung aus dem Aquiliſchen Geſetz geklagt werden könne. Beyde Meinungen ſuchen nun zwar Voet[24]) und Suarez[25]) dadurch zu vereinigen, daß ſie das Fragment des Julians von dem Falle verſtehen, wo die dem Sklaven von dem Erſten beygebrachte Wunde abſolut lethal iſt, das Fragment des Ulpians hingegen von einem ſolchen Falle, wo die erſte Wunde zwar gewöhnlich, aber doch nicht ſchlechterdings tödlich iſt. Allein die Vergleichung beyder Stellen zeigt nur zu deutlich, daß Ulpian die Meinung des Julians verworfen habe, und es ſcheint, wie auch Cujaz[26]) bemerkt hat, daß Julian in der *L.* 51. blos darum ſo mühſam ſeine Meinung zu beweiſen

ſo Lege Aquilia agi poſſit? Reſpondit: occidiſſe dicitur vulgo quidem, qui mortis cauſam quolibet modo praebuit: ſed Lege Aquilia is demum teneri viſus eſt, qui adhibita vi, et quaſi manu cauſam mortis praebuiſſet: tracta videlicet interpretatione vocis a caedendo et a caede. Rurſus Aquilia Lege teneri exiſtimati ſunt, non ſolum qui ita vulneraſſent, ut conſeſtim vita privarent, ſed etiam hi, quorum ex vulnere certum eſſet, aliquem vita exceſſurum. *Igitur ſi quis ſervo mortiferum vulnus inflixerit, eundemque alius ex intervallo ita percuſſerit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat: ſtatuendum eſt, utrumque eorum Lege Aquilia teneri.* Idque eſt conſequens auctoritati veterum, qui, cum a pluribus idem ſervus ita vulneratus eſſet, ut non appareret, cuius ictu perijſſet, omnes Lege Aquilia teneri iudicaverunt.

24) Commentar. ad Pand. h. t. §. 9.

25) Commentar. ad Leg. Aquil. Lib. I. Cap. III. Sect. 3. pag. 42. ſqq.

26) Lib. LXXXVI. Digeſtor. Iuliani ad L. cit. 51. und Ebenderſelbe Lib. XXVII. Obſervation. cap. 13.

weisen gesucht habe, weil Celsus anderer Meinung war, den er hier, ohne ihn jedoch zu nennen, zu widerlegen sich bemühte. Julian hatte zwar immer den wichtigen Grund für seine Meinung, daß eine unrechtliche Handlung keine Entschuldigung für eine andere enthalten könne; allein der Grund, den man ihm entgegensetzte, daß eine Wunde, die an sich tödlich gewesen seyn würde, nicht mehr als eine solche angesehen werden könne, wenn eine spätere Verwundung die unmittelbare und augenblickliche Ursache des Todes wurde, war allerdings überwiegend. Julian scheint auch in der Folge seine Meinung selbst wieder geändert zu haben, wie Gerhard Noodt[27]) aus einer andern Stelle Ulpians nicht undeutlich erwiesen hat.

L. 15. §. 1. *D. h. t.* sagt nämlich Ulpian:

Si servus *vulneratus mortifere*, postea ruina vel naufragio, *vel alio ictu* maturius perierit: *de occiso agi non posse*, *sed quasi de vulnerato.* Sed si manumissus vel alienatus ex vulnere perit, *quasi de occiso agi posse*, IULIANUS ait. Haec ita tam varie, *quia verum est*, *eum a te occisum tunc*, *cum vulnerabas*: *quod*, *mortuo eo*, *demum apparuit*; *in superiore non est passa ruina apparere*, *an sit occisus.*

Der zweyte Fall kam vorzüglich bey Erbschaften in Betrachtung. Z. B. ein Sklave war getödet worden, dessen Existenz zur Erfüllung einer Testaments-Bedingung nöthig war. Hier kam es darauf an, ob sich der Vorfall noch

27) Ad. Leg. Aquil. libr. sing. cap. 10. *Operum* Tom. I. pag. 155. Eben dieser Meinung ist auch POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. V. not. a. pag. 280.

noch vor dem Absterben des Testirers ereignet hatte, oder erst nach desselben Tode. In dem ersten Falle konnte der Werth der Erbschaft nicht mit in Anschlag gebracht werden, weil es hier nicht das Leben des Sklaven allein ist, wovon die Erwerbung der Erbschaft abhängt, und es sich nicht mit Gewißheit bestimmen läßt, ob kein anderer Grund dieselbe würde gehindert haben [28]). Ueberdem ward bey Bestimmung des Interesse rückwärts gerechnet, wo noch gar nicht von einer Erbschaft die Frage seyn konnte [29]). In dem letztern Falle hingegen kam der Werth der Erbschaft allerdings in Betracht, weil wegen der Tödung des Sklavens nun die Bedingung des Testaments nicht erfüllt werden konnte [30]).

L. 23. § 2. *D. h. t.* Idem *Iulianus* scribit: si institutus fuero sub conditione, *si Stichum manumisero*, et Stichus sit occisus *post mortem testatoris*, in aestimationem etiam hereditatis, pretium me consecuturum; propter occisionem enim defecit conditio. *Quod si vivo*

28) Ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum, sagt Ulpian *L. 4. D. de adim. legat.* Hat der Testirer seinen Willen unabgeändert gelassen, so wird ohnehin die Bedingung für erfüllt gehalten. *L. 8. §. 7. D. de condition. institut. L. 54. §. 2. D. de legat. I.* S. VOET in Comment. ad Pand. T. II. Lib. XXVIII. Tit. 7. §. 20. BRÜSSEL de Conditionib. Lib. III. Tit. 4. nr. 5. pag. 398.

29) S. POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XLV. not. f. pag. 288. und AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. II. cap. 24. not. 30. sqq.

30) Mittelst dieser Distinction hat CUJACIUS Observation. Lib. XVII. cap. 22. mehrere Fälle entschieden, und manche Gesetzstellen mit einander zu vereinigen gesucht.

vivo testatore occisus sit, hereditatis aestimationem cessare: quia retrorsum, quanti plurimi fuit, inspicitur [31]).

§. 703.

Die Klage aus dem Aquilischen Gesetz ist eine Pönalklage. Verschiedene Bestimmung der Strafe nach dem Unterschiede des ersten und dritten Capitals der L. A.

Da das damnum iniuria datum als ein Delict behandelt wird [32]), so kann die demselben entsprechende Klage nicht anders als pönal seyn [33]). Jedoch ist sie keine reine Pönalklage, sondern sie gehört zu denjenigen Klagen, welche tam poenae, quam rei persequendae causa comparatae sind, und welche daher *actiones* ex delictis *mixtae* genennt werden [34]). Ersatz des entstandenen Schadens ist zwar immer Hauptzweck der Klage wegen eines damni iniuria dati; allein es wird dabey nicht blos auf den Werth gesehen, den die Sache im Augenblick der Beschädigung hat, sondern es wird ein früherer Zeitpunct angenommen, wenn etwa die Sache vorher einen höhern Werth gehabt hätte; und dieser ist nach der verschiedenen Art der Beschädigung verschieden. Es kommt nun also auf den näheren

31) Man vergleiche über dieses Fragment vorzüglich SUAREZ Comm. ad L. Aquil. Lib. I. cap. IV. Sect. I. nr. 21. sqq. pag. 46.

32) *Princ. I. de obligat. quae ex delicto nasc. L. 4. D. de obligat. et actionib.*

33) *L. 111. §. 1. D. de div. reg. iuris. L. 11. §. 2. in fin. D. h. t.* SUAREZ Comm. ad L. Aquil. Lib. I. cap. IV. Sect. V. nr. 19. sqq. pag. 54. und von Löhr Theorie der Culpa. 2. Abschn. §. 18. S. 105. ff.

34) *§. 18. et 19. I. de actionib. §. 9. I. de Lege Aquil.*

Inhalt der einzelnen Capitel des Aquilischen Gesetzes an, in welchen der Zeitraum bestimmt ist, bis auf welchen zurückgerechnet werden kann. Die *Lex Aquilia* verordnete nämlich

I. im ersten Capitel, daß, wer eines Andern Sklaven oder *quadrupedem pecudem* widerrechtlich getödet hätte, dem Eigenthümer den höchsten Werth ersetzen sollte, den die Sache im letzten Jahre gehabt hätte. Die Worte selbst hat uns Cajus L. 2. *D. h. t.* aufbehalten, wo sie folgendermaßen lauten:

Lege Aquilia capite primo cavetur: *Qui servum servamve, alienum alienamve, quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto.*

Dieses Capitel erfordert also einen solchen Schaden, der durch widerrechtliche Tödung eines fremden Sklaven oder *quadrupedis pecudis* geschehen ist. Viele Rechtsgelehrten sind durch die Lesart *quadrupedem vel pecudem*[35]) verleitet worden, zu glauben, es sey ein Unterschied zwischen *quadrupedes* und *pecudes* gewesen. Unter jenen hätten nämlich die Römer Zug- und Lastthiere, unter diesen aber solche Thiere verstanden, welche in Heerden geweidet werden. Wenn also das erste Capitel von quadrupedes pecudes

35) S. *Corn. van* BYNCKERSHOEK Opuscul. de rebus mancipi Cap. 6. (in *Opuscul. Lugduni Batav. 1719. 4. edit.* pag. 118. sqq.) und in Observat. iuris Rom. Lib. IV. cap. 18. Diesem haben die meisten nachgeschrieben, ohnerachtet MEERMAN in seiner Diss. de rebus mancipi cap. 58. diese Meinung längst wiederlegt hat. Man sehe hier Hugo civilistisches Magazin 1. Bd. S. 272. ff.

cudes rede, so sey dies nicht so zu verstehen, als ob nur solche Thiere dahin gehörten, die zugleich pecudes und quadrupedes sind, z. E. Pferde; sondern es sey genug, wenn ein Thier eins von beyden, pecus oder quadrupes sey. Daher gehörten z. B. auch die Schweine in das erste Capitel des Aquilischen Gesetzes, die zwar pecudes, aber keine quadrupedes sind. Allein die meisten Ausleger [36]) sind darin einverstanden daß die gemeine Lesart, wenn sie auch mit der Florentinischen übereinstimmt, fehlerhaft sey, und statt der Worte: quadrupedem *vel* pecudem vielmehr *quadrupedemve pecudem* gelesen werden müsse. Diese Emendation hat theils den Zusammenhang, da *servum servamve* vorhergeht, theils die Uebersetzung in den Basiliken [37]), theils alle folgende Stellen [38]), wo immer von pecudes oder quadrupedes, quae pecudum numero sunt, die Rede ist, theils die Auctorität des Kaisers Justinian [39]) für sich, und man kann sie also für

36) HOTOMAN Observation. iur. VII. 12. BALDUINUS de Lege Aquilia pag. 160. *edit. Halens.* SUAREZ Comm. ad L. Aquil. Lib. I. cap. 1. nr. 2. sqq. und NOODT ad eand. Leg. Cap. 2. Man sehe auch Weber zu Höpfners Commentar §. 1051. Not. (*). S. 1068.

37) Tom. VII. Lib. LX. Tit. 3. pag. 42. wo die Worte *quadrupedemve pecudem* so übersetzt sind: ἢ τετραποδον ἀγεληδόν ἰθυνόμενον, d. h. nach Fabrot, *vel quadrupedem gregatim actam.*

38) *L.* 2. §. 2. *D. h. t.* sagt Ulpian ausdrücklich: Ut igitur appareat, servis exaequat *quadrupedes, quae pecudum numero sunt, et gregatim habentur: veluti oves, caprae, boves, equi, muli, asini.* Add. *L.* 27. §. 5. *D. eodem.*

39) *Princ. I. h. t.* Damni iniuriae actio constituitur per Legem Aquiliam, cuius primo capite cautum: *Ut si quis alienum hominem,*

ganz unzweifelhaft ansehen. *Quadrupedes pecudes*, von welchen das erste Capitel des Aquilischen Gesetzes redet, sind also solche vierfüßige Thiere, welche man heerdenweise zu haben und zu weiden pflegt, als Ziegen, Schaafe, Ochsen, Kühe, Pferde, Esel, Maulthiere, Schweine. In Ansehung der letztern war man zwar anfangs zweifelhaft, ob man sie sollte zu den pecudes rechnen [40]). Der Grund scheint der gewesen zu seyn, weil man sie für ferae halten wollte, theils wegen der nahen Verwandschaft zwischen zahmen und wilden Schweinen, theils weil sich auch von ihnen, so lange sie leben, kein Gebrauch in der Wirthschaft gedenken läßt [41]). Indessen fand Labeo's Meinung Beyfall, und man rechnete die Schweine darum unter die pecudes, weil sie zu dem Weidevieh gehören. Sonderbar ist freylich der Beweis, den Justinian [42]) dafür aus Homers Odissee hernimmt, da er sich doch wohl schicklicher auf das Zeugniß eines der Land-

minem, alienamve quadrupedem, quae pecudum numero sit, injuria occiderit: quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur. und §. 1. fügt Justinian noch hinzu: Quod autem non praecipe de *quadrupede*, sed de ea tantum, *quae pecudum numero est*, cavetur, eo pertinet, ut neque de feris bestiis, neque de canibus cautum esse intelligamus; sed de iis tantum, *quae gregatim proprie pasci dicuntur*; quales sunt equi, muli, asini, oves, boves, caprae.

40) *L. 2. §. 2. D. h. t.* Sed an *sues* pecudum appellatione continentur, quaeritur? Et recte *Labeoni* placet, contineri.

41) S. Hugo civilist. Magazin 1. Band S. 275. folg.

42) *§. 1. I. h. t.* Justinian beruft sich jedoch auf Marcian, in dessen Institutionen auch die Stelle aus Homer angeführt war. Sie steht *L. 65. §. 4. D. de legat. III.*

Landwirthschaft kundigen Varro [43]) hätte berufen können, wenn es ja einer Auctorität bedurft hätte, daß man auch Schweine heerdenweise zu weiden pflegt. Ulpians [44]) Worte: *Quadrupedes, quae dorso collove domantur*, können nun keine weitere Mißdeutung veranlassen, da sie offenbar keine Definition, sondern eine bloße Restriction enthalten, und diejenige Art der *Quadrupedum* bestimmen sollen, welche zu den rebus mancipi gerechnet wurden. Wilde Thiere, als Bären, Löwen, Leoparden; jedoch mit Ausnahme der Elephanten und Camele, weil man diese zum Lasttragen gebrauchte [45]); nicht minder alle vierfüßige zahme Thiere, welche nicht zu den pecudes gerechnet wurden, z. B. Hunde und Katzen; endlich alle zweyfüßige Thiere gehörten also nicht in das erste Capitel des Aquilischen Gesetzes [46]).

Die in diesem ersten Capitel bestimmte Strafe besteht nun in dem Ersatz des höchsten Werths, den die Sache in dem ganzen nächst verflossenen Jahre, von Zeit der Tödung an zurückgerechnet, hatte.

L. 21. *pr. et* §. 1. *D. h. t.* Ait Lex: *Quanti* (*is homo*) *in eo anno plurimi fuisset.* Quae clausula aestimationem habet damni, quod datum est. *Annus autem retrorsus computatur, ex quo quis occisus est.*

43) *Lib. II. de Re rustica cap. 3. et 4.*

44) *Fragm. Tit. XIX.* §. 1. in SCHULTINGII *Iurisprud. Antejustin.* pag. 619.

45) Nach PLINIUS *Hist. nat.* Lib. VIII. Cap. 8. und SENECA Epist. 90 hatten die Römer auch ganze Heerden von Camelen und Elephanten.

46) §. 1. *I. h. t. L.* 2. §. 2. *D. eodem.*

L. 23. §. 3 *D. eodem.* Idem *Iulianus* scribit, aestimationem hominis occisi ad id tempus referri, *quo plurimi in eo anno fuit*, et ideo, et si pretioso pictori pollex fuerit praecisus, et intra annum, quo praecideretur, fuerit occisus, posse eum[47]), Aquilia agere: *pretioque eo aestimandum, quanti fuit prius, quam artem cum pollice amisisset.*

Man bemerkt es in den Commentaren über die Lex Aquilia[48] durchgehends als Etwas ganz Besonderes, und Ungewöhnliches, daß hier bey Bestimmung der Aestimation rückwärts, ja auf eine Zeit zurückgerechnet wird, wo noch keine obligatio entstanden war. Dies kommt freylich sonst in

47) Statt *eum* lieset *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. XXVII. c. 2. *herum* i. e. dominum. Diese Emendation, welche wirklich sehr sinnreich ist, billigt auch NOODT ad L. Aquil. c. 12. Hingegen lieset Halcander: *posse Aquilia agi.* Allein SUAREZ *de* MENDOZA in Comm. ad L. Aquil. Lib. I. cap. 5. nr. 5. pag. 58. streitet für die unveränderte Beybehaltung der gemeinen Lesart. Denn das sieht ja wohl Jeder von selbst, daß *eum* auf keinen Andern, als auf dominum gehen kann. *Interpretis officium est*, sagt hier Suarez sehr gründlich, *interdum quaedam referre non ad ea, quae expressa sunt; sed ad ea, quae tacite insunt, ut sensus magis spectandus sit, quam verba amplectenda. L. 3. §. 9. D. de adim. leg.* Wir finden es oft in den Fragmenten der Pandecten, daß die Röm. Rechtsgelehrten sich nicht so genau an die Regeln der Grammatic gebunden haben, um sich nicht zuweilen auch eine Abweichung von der gewöhnlichen Construction zu erlauben. Man findet ähnliche Fälle *L. 1. D. de constitut. Princip. L. 1. §. ult. D. de peric. et commod. rei vend. L. 6. §. 1. D. de extraord. crim.*

48) Man sehe BALDUIN de Lege Aquilia pag. 173. *edit. Halens.* SUAREZ Comm. ad eand. Leg. Lib. I. cap. IV. Sect. V. pag. 53.

in keinem andern Gesetz vor. Denn in andern Fällen, wo von Bestimmung der Aestimation die Frage ist, wird entweder auf die Zeit des Contracts[49]), oder auf die Zeit der Litiscontestation[50]), oder auf die Zeit des eingetretenen Verzugs[51]), oder auf die Zeit der rei iudicatae[52]) gesehen. Ja selbst wenn ex causa delicti geklagt wird, und es wird auch die Aestimation auf die vergangene Zeit zurückgerechnet; so überschreitet sie doch nie die Zeit des begangenen Delicts, z. B. bey der *actio servi corrupti*[53]), und *condictio furtiva*[54]). Allein der Umstand, daß hier rückwärts gerechnet wird, erklärt sich sehr leicht. Denn soll einmal ein anderer Zeitpunct berücksichtiget werden, als der, wo die widerrechtliche Handlung vorgenommen wurde, so muß dies ein vergangener seyn, da sich sonst die Größe der obligatio sehr selten mit Gewisheit ausmitteln lassen würde. Sehr natürlich ist es aber doch gewiß, die aestimatio nicht auf den letzten Zeitpunct zu beschränken, da es ohnehin kaum möglich ist, alles Interesse zu beweisen, und der Beschädigte doch zuverlässig eher Begünstigung verdient, als der Schadende. Diese Erklärung des Herrn von Löhr[55]) von der aestimatio quanti plurimi retrorsus computanda scheint mir weit natürlicher zu seyn, als

49) *L. 3. §. 3. D. de act. emti vend.*

50) *L. 37. D. Mandati. L. 18. D. de Novat.*

51) *L. 3. in fin. D. de condict. tritic.*

52) *L. 3. §. 2. D. Commodati.*

53) *L. 5. ult. D. de servo corrupt.*

54) *L. 8. §. 1. L. 13. D. de condict. furt. L. 50. L. 67. §. 2. D. de furt.*

55) Theorie der Culpa. §. 20. S. 122.

als wenn Balduin[56]) sagt: AQUILIUS *noster deterreri hominines voluit ab iniuria, et licet valde sit severus, qui tam graviter culpam etiam levissimam castigat: tamen visum est hoc utile, tanto magis ut caverent, ne damnum alteri darent, quo magis dari saepe solet, nisi si magna cautio adhibeatur.*

Bey tödlichen Verwundungen, aus denen zwar der Tod gewiß, aber doch erst nach einiger Zeit, erfolgte, wird das Jahr von Zeit der Verwundung an zurückgerechnet, als wenn schon damals gleich die Tödung geschehen wäre[57]).

Zuweilen kann jedoch auch bey der Aestimation nach dem Aquilischen Gesetz auf die Zeit zu sehen seyn, da die Verletzung geschahe; nämlich wenn gerade zu der Zeit die Sache den höchsten Werth gehabt hätte. Daher sagt Paulus[58]): Sufficiet, fuisse pluris, *cum occideretur, vel intra annum.* Denn daß das Zurückrechnen nicht schlechterdings nothwendig sey, sondern nur dann Statt finde, wenn die Sache vor der Tödung einen höhern Werth gehabt haben sollte, lehrt folgende Stelle der Institutionen[59]).

Sed et legis Aquiliae actio de damno iniuria dato mixta est, non solum si adversus inficiantem in duplum agatur, sed *interdum* et si in simplum quisque agat: veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer et magni pretii fuerit: *tanti enim damnatur, quanti is homo eo in anno plurimi fuerit*[60]).

Uebri-

56) De Lege Aquilia pag. 173. *edit. Halens.*

57) *L. 21. §. 1. D. h. t.*

58) *L. 55. D. eod.*

59) *§. 19. I. h. t.*

60) THEOPHILUS in Paraphr. gr. ad §. 19. Instit. de actionib. macht hier noch die Bemerkung: Ἰδοὺ ἐντεῦθα, εἰ καὶ εἰς ἁπλοῦν κινεῖται,

Uebrigens war das Jahr, welches hier zurückgerechnet wird, zwar eigentlich das zur Zeit der Aquilischen Gesetzgebung noch üblige Numäische, welches aus 355 Tagen bestand [61]). Man hätte es auch, da hier von einem Strafgesetz die Rede ist, dabey bewenden lassen sollen, *Interpretatione enim legum poenae molliendae sunt potius, quam asperandae* [62]). Allein durch die Interpretation der Römischen Rechtsgelehrten, wodurch überhaupt das Aquilische Gesetz auf mancherley Art erweitert wurde, ward das Julianische Jahr, welches aus 365 Tagen besteht, substituirt. Dieser Berechnung gedenkt Julian [63]) ausdrücklich, wenn er sagt: *repetitis ex die vulneris trecentum sexaginta quinque diebus.* Der allgemeine Nutzen dieses Gesetzes rechtfertigte auch eine solche Ausdehnung vollkommen [64]).

II. Ueber den Inhalt des zweyten Capitels des Aquilischen Gesetzes läßt sich mit Gewißheit nichts bestimmen. Ulpian

κινεῖται, ὁμως ἔχει καὶ ποινῆς ἀπαίτησιν. τοῦ γὰρ ἀναιρεθέντος οἰκέτε ἐσθ' ὁτε ἀξίε ὄντος κατὰ τὸν καιρὸν τῆς ἀναιρέσεως ἱ νομισμάτων, ἡ καταδικη γινεται εἰς ϱ' νομισματα, διὰ τὸ τοσούτου ἄξιον αὐτὸν γεγενῆσθαι κατ' ἐκεῖνον τὸν καιρὸν, ἐν ᾧ ὑγιὴς ἦν. i. e. *Ecce hic, etsi in simplum instituitur actio, tamen et poenae habet exactionem: interdum enim, quum servus peremtus caedis tempore valeret X. solidis, condemnatio fit in C. quia tanti fuerat dignus eo tempore, quo incolumis erat.*

61) S. den 3. Th. dieses Commentars §. 269. S. 575.

62) *L. 42. D. de poenis. L. 155. §. 1. D. de div. regul. iuris.*

63) *L. 51. §. 2. D. h. t.*

64) S. SUAREZ Comm. ad L. Aquil. Lib. I. Cap. IV. Sect. VI. pag. 55. sqq.

Ulpian[65]) sagt davon weiter nichts, als *Huius Legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit.* Auch nicht ein Wort mehr Justinian[66]), und der griechische Paraphrast der Institutionen[67]). Die Muthmaßungen der Ausleger sind von sehr verschiedenem Gehalte. Ganz unwahrscheinlich ist es, wenn Cujaz[68]) glaubt, es habe von widerrechtlich entzogenem Gewinn gehandelt. Suarez[69]) Noodt[70]) und Bynkershök[71]) haben diese Conjectur zur Genüge widerlegt. Den meisten Beyfall hat die Meinung des Claudius Chifletius[72]) gefunden, daß dieses zweyte Capitel de servo corrupto gehandelt habe. Denn es ist allerdings merkwürdig, wenn Ulpian[73]) sagt: Haec actio (sc. praetoria de servo corrupto) adversus fatentem in duplum est, quamvis Aquilia inficiantem duntaxat coerceat. Es läßt sich auch nicht wohl ein anderer Grund angeben, warum das zweyte Capitel eines so gemeinnützigen Gesetzes hätte außer Gebrauch kommen können, als der, daß das prätorische Edict ähnliche Verordnungen enthalten habe, die aber noch vortheilhafter für den

65) *L.* 27. §. 4. *D. h. t.*

66) §. 12. *I. h. t.*

67) Tom. II. pag. 762. der Reitzischen Ausgabe.

68) Paratitl. ad Tit. Dig. ad L. Aquil.

69) Apparat. Commentar. ad L. Aquil. Cap. III. nr. 10. sqq. pag. 14.

70) Ad Leg. Aquil. cap. 1. in fin.

71) Observation. iuris Rom. Lib. I. cap. 13.

72) Disquisit. de secundo capite Legis Aquiliae. (*Eorum, quae de iure scripsit, Part. I. Lugduni 1584. 8.* pag. 441. sqq. und in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. V. pag. 873. sqq.)

73) *L.* 5. §. 2. *D. de Servo corrupto.*

den Kläger gewesen sind. Man kann sich ferner nun auch wohl erklären, warum die actio servi corrupti, ob sie gleich eine prätorische Pönalklage ist, die sonst nur ein Jahr dauern, dennoch, nach dem Beyspiel der actio Legis Aquiliae, perpetua ist[74]). Hierzu kommt noch insonderheit eine Stelle aus Anians Interpretationen zu den *Sententiae Receptae* des Paulus[75]), welche so lautet: *Hae duae secundum Legem Aquiliam similem poenam habent, ut cum his, qui animo vel corpore corruperunt, alia mancipia huiusmodi praesumtores exsolvant.* Zwar irrt Anian in Ansehung der hier angegebenen Strafe, welche die Lex Aquilia nicht kennt; allein er kann doch leicht aus seinem Paulus geschöpft haben, was er von der Verführung des Sklavens sagt. Dem Chiflerius sind aus diesen Gründen beygetreten Voet[76]), Westenberg[77]) und Heineccius[78]). Indessen stehen freylich auch dieser Meinung immer noch sehr erhebliche Zweifel entgegen, wie Suarez[79]) und Bynkershöek[80]) gezeigt haben. Es kann allerdings die Lex Aquilia auch de servo corrupto gehandelt haben; allein es folgt nicht, daß gerade das verlohren gegangene

74) *L. 13. pr. D. eodem.*

75) Lib. I. Tit. 13. A. §. 6. In *Ant.* SCHULTING *Iurispr. Antejust.* pag. 249.

76) Commentar. ad Pand. h. t. §. 5.

77) Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 25. et §. 26.

78) Antiquitat. Roman. Iurisprud. illustr. Syntagm. Lib. IV. Tit. 3. §. 9.

79) Comment. ad L. Aquil. in Apparatu Cap. 3. nr. 24. sqq. pag. 15.

80) Observat. iur. Rom. Lib. I. cap. 13.

gangene zweyte Capitel davon gehandelt habe. Es kann dieser Gegenstand, wie Mylius [81]) dafür hält, auch unter der allgemeinen Sanction des dritten Capitels mit begriffen gewesen seyn. Dies scheint auch schon die Meinung des griechischen Scholiasten der Basiliken [82]) gewesen zu seyn. Denn dieser macht zur Erläuterung des dritten Capitels die Bemerkung: Ἐαν᾽ τις οὖν οὐκ ἀνεῖλε μὲν τὸν οἰκέτην, ἀλλὰ καυσει αὐτὸν, ἢ ἔκλασεν, ἢ διέφθειρεν, ἐκ τε ἡ. κεφαλαίου τῷ Ακουιλίῳ κατέχεται. i. e. *Si quis igitur non occiderit servum, sed usserit, fregerit, vel corruperit, ex tertio capite Legis Aquiliae tenetur.* Aus diesem Grunde glaubt daher van Bynkershök [83]), daß das zweyte Capitel wahrscheinlicher *de deiectis et effusis* gehandelt habe, und durch das nachher über eben diesen Gegenstand erfolgte Edict des Prätors seine Anwendung verloren habe. Er beruft sich deshalb besonders auf die Auctorität des Mucius [84]), welcher sagt: Cum autem *Legis Aquiliae actione* [85]) propter hoc quis condemnatus est, merito

81) *Io. Henr.* MYLII Dissert. postuma de tribus Legis Aquiliae capitibus, (adj. THEOPHILI Paraphr. graec. Institution. Tom. II. pag. 1101. *edit Reitz.*)

82) Ad Lib. LX. Tit. 3. Const. 27. §. 5. Tom. VII. pag. 89. (edit. *Fabrot.*)

83) Cit. loc. pag. 42. (edit. *Heinecc.* Francof. et Lipsiae 1793. 4.)

84) *L. 5. §. 4. D. de his, qui effud. vel. deiec.*

85) Mehrere Ausleger wollen die gemeine Lesart *Legis Aquiliae actione* in Zweifel ziehen. Cujaz in Not. ad §. 1. I. de Oblig. quae quasi ex del nasc. will statt derselben *hac actione* lesen, und versteht dies von der *actione in factum*, von welcher in dem unmittelbar vorhergehenden §. 3. *L. 5. D. de his, qui effud.* die Rede ist. Eben so *Ant.* FABER in Rational. ad Pandect. h. L.

merito ei, qui ob hoc, quod hoſpes, vel quis alius de coenaculo dejecit, in factum dandam eſſe *Labeo* dicit adverſus deiectorem. Auch **Püttmann** [86]) ſtimmt dieſer Meinung bey. Allein **Mylius** [87]) hat dagegen nicht ohne Grund erinnert, daß dieſer Fall vielmehr in das dritte Capitel des Aquiliſchen Geſetzes gehört habe. Daher iſt **Herrmann Cannegieter** [88]) auf die Gedanken gerathen, das zweyte Capitel könne von keinem andern Falle, als *de damno liberi hominis occiſi* gehandelt haben. Dies lehre theils der Zuſammenhang mit dem dritten Capitel, theils das ganz nach dem Beyſpiel des Aquiliſchen Geſetzes gebildete Prätoriſche Edict *de dejectis et effuſis;* welches auch zuerſt de damnis in res quaslibet factis, dann de homine

h. L. Tom. II. P. II. pag. 327. Hingegen *Ger.* NOODT Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 10. legt geradezu dem **Ulpian** zur Laſt, daß er aus Unachtſamkeit ſtatt *actione in factum de deiectis et effusis* geſchrieben habe: *Legis Aquiliae actione.* Allein *Chriſtfr.* WAECHTLER hat in ſeinen Notis ad *Ger.* NOODTII Probabil. iur. civ. ad loc. cit. (in *Opuscul a* TROTZ *edit.* pag. 217. ſqq.) die Richtigkeit der gemeinen Leſeart hinreichend gerechtfertiget. Sie erhält auch durch die *Baſilica* Lib. LX. Tit. 4. Conſt. 5. §. 4. Tom. VII. pag. 119. eine vorzügliche Stütze, wo es heißt: Καὶ καταδικασθέντες τῷ Ακουιλίῳ, ἔχεσι κατὰ τῶν ῥιψάντων ἰμφάκτεμ, ἢ τὴν επὶ μισθώσεος ἀγωγήν, ἐὰν εμίσθωσαν αὐτοῖς. i. e. *Et condemnati Aquilia habent adverſus dejectores actionem in factum, vel locati, ſi eis locaverint.*

86) Interpretat. et Obſervat. iuris Rom. Cap. 26. §. 2. pag. 121. ſq.

87) Diſſ. cit. §. 6. Tom. II. *Paraphr. Theoph.* pag. 1103.

88) Obſervation. iuris Rom. Lib. IV. Cap. 9.

ne occiso, und zuletzt de vulnerato aut laeso gehandelt habe. Allein auch dies kann für nichts anders als eine Conjectur gelten; denn mit Gewißheit läßt sich hierüber bey dem gänzlichen Mangel an Nachrichten nichts bestimmen [89]). Daß aber auch **Ulpian** selbst den Inhalt des zweyten Capitels der L. A. nicht gewußt, ja, wie **Höpfner** [90]) sagt, seine Unwissenheit selbst gestanden habe, läßt sich aus den oben angeführten Worten desselben nicht ersehen.

III. Das dritte Capitel handelt von allen übrigen Arten widerrechtlicher Beschädigungen, ausser der Tödung eines Skaven oder quadrupedis pecudis, und bestimmt, als Strafe, den Ersatz des höchsten Werths, den die beschädigte Sache in den zunächst vorhergehenden dreyßig Tagen gehabt hat. **Ulpian** hat uns den Inhalt dieses Capitels *L.* 27. §. 5 *D. h. t.* aufbehalten, wo er sagt:

Tertio autem capite ait eadem Lex Aquilia: *Caeterarum rerum, praeter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit iniuria, quanti ea res erit* [91]) *in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.*

Das

89) Man sehe noch über die angeführten mancherley Muthmassungen der Rechtsgelehrten über das 2te Capitel des Aquilischen Gesetzes *Ev.* OTTO de tutela viarum publicar. P. III. Cap. 5. pag. 485. sqq.

90) Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1053.

91) Statt *erit* lieset Holoander fuit, welche Lesart der gewöhnlichen ohne Zweifel vorzuziehen ist. Es beweisen dies nicht nur die Worte im §. 14. *I. h. t.* wo Justinian sagt: Ex hoc tamen capite non quanti in eo anno, *sed quanti in diebus proximis res fuerit*, obligatur is, qui damnum dederit; sondern

Das dritte Capitel begreift nun folgende Fälle unter ſich, 1) wenn Jemand eines Andern Sklaven oder quadrupedem pecudem blos verwundete; 2) wenn Jemand ein ſolches Thier, welches kein pecus, oder kein quadrupes war, z. E. eines andern Hund, oder wildes Thier, oder Vogel tödete, oder auch nur verwundete; 3) wenn Jemand eine fremde lebloſe Sache verbrannte, zerbrach, zerriß, oder befleckte u. d. Juſtinian liefert uns folgenden Commentar über das dritte Capitel[92]):

Capite tertio de omni caetero damno cavetur. Itaque ſi quis ſervum, vel eam quadrupedem, quae pecudum numero eſt, vulneraverit; ſive eam quadrupedem, quae pecudum numero non eſt, veluti canem aut feram beſtiam vulneraverit, aut occiderit: hoc capite actio conſtituitur. In caeteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus, quae anima carent, damnum per iniuriam datum hac parte vindicatur. Si quid enim uſtum, aut ruptum, aut fractum fuerit: actio ex hoc capite conſtituitur: quamquam poterat ſola *rupti* appellatio in omnes iſtas cauſas ſufficere.

ſondern auch die *Baſilica* Lib. LX. Tit. 3. Conſt. 27. §. 5. wo es heißt: Τὸ δὲ τρίτον διαλαμβάνει περὶ τῆς ἄλλης ξημίας τῆς ἔξωθεν ἀναιρέσεως δούλου, καὶ θρέμματος, καὶ ἀποτιμᾶται εἰς ὅσον τὴν τὸ πρᾶγμα ἐν ταῖς πλησιαξούσαις τριάκοντα ἡμέραις i. e. *Tertium tractat de alio damno praeter ſervum et pecudem occiſam, et aeſtimatur, quanti ea res erat in proximis triginta diebus.* Vorzüglich aber *L. 29. §. 8. D. h. t.* wo die verba Legis: *Quanti in triginta diebus proximis fuit*, angeführt werden.

92) §. 13. *I. h. t.*

ficere. *Ruptum* enim intelligitur, quod quoquo modo corruptum est. Unde non solum fracta, aut usta, sed etiam scissa et collisa et effusa, et quoquo modo peremta, atque deteriora facta, hoc verbo continentur [93]). Denique responsum est, si quis in alienum vinum aut oleum id miscuerit, quo naturalis bonitas vini aut olei corrumperetur: ex hac parte Legis Aquiliae eum teneri.

Und Ulpian [94]) sagt zur Erläuterung des dritten Capitels: Ex hoc Legis capite de omnibus animalibus laesis, quae pecudes non sunt, agendum est: puta, ut de cane. Sed et de apro, et leone, caeterisque feris et avibus idem erit dicendum. — Haec verba: *Quanti in triginta diebus proximis fuit*, etsi non habent *plurimi*, sic tamen esse accipienda constat.

In Ansehung der wilden Thiere, welche Jemand widerrechtlich getödet hat, ist jedoch die Einschränkung merkwürdig, daß die Klage des Aquilischen Gesetzes nur dann Statt findet, wenn die Tödung geschahe, während sie sich noch in der custodia ihres Herrn befanden [95]). Denn ist ein wildes Thier aus seiner Gefangenschaft entwischt, und ein Dritter hat es getödet, so findet gegen diesen keine Klage Statt [96]); weil das Eigenthum verloren geht, sobald

93) Nicht unrecht erklärt daher FESTUS das Wort *rumpere* durch damnum dare. S. *Herm.* CANNEGIETER Observat. iuris Rom. Lib. IV. cap. 10.

94) *L. 29. §. 6. et 8. D. h. t.*

95) S. SUAREZ Comm. ad L. Aquil. Lib. II. cap. 1. nr. 18.

96) *L. 1. §. 10. D. Si quadrupes pauper. fec. dic.*

bald sich ein solches Thier wieder in seine natürliche Freyheit begeben hat[97]). Nur in Ansehung derjenigen wilden Thiere ist eine Ausnahme zu machen, welche von der Art sind, daß sie wegfliegen, und wiederkommen, wohin Tauben und Bienen gehören[98]). Diese bleiben unser Eigenthum, *quamdiu consuetudinem habeant ad nos revertendi*, wie bey Ulpian[99]) Pomponius sagt. Hat daher Jemand solche Thiere widerrechtlich getödet, so kann er aus dem dritten Capitel des Aquilischen Gesetzes belangt werden. Dies hat wenigstens nach der Meinung des Celsus, welche auch Ulpian[100]) billiget, gar keinen Zweifel. Denn dieser sagt: Si cum apes meae ad tuas advolassent, tu eas exusseris, Legis Aquiliae actionem competere, *Celsus* ait[1]).

97) §. 12. *I. de rer. divis.*

98) *L. 5. §. 5. D. de acquir. rer. dom.*

99) *L. 8. §. 1. D. Familiae ercisc.*

100) *L. 27. §. 12. D. h. t.*

1) Daß jedoch darüber unter den alten Römischen Rechtsgelehrten ein Streit war, erhellet aus der *Collat. Legum Mosaicar. et Roman.* Tit. 12. §. 7. *in fin.* (in *Ant.* SCHULTING Iurispr. Antejust. pag. 779.) wo aus Ulpian folgende Stelle vorkommt: Item *Celsus libro XXVII. Digestorum* scribit, si cum apes meae ad tuas advolassent, tu eas exusseris, quosdam negare, competere Legis Aquiliae actionem, inter quos et *Proculum*, quasi apes dominii mei non fuerint. Sed id falsum esse, *Celsus* ait, cum apes revenire soleant, et fructui mihi sint. Sed *Proculus* eo movetur, quod nec mansuetae, nec ita clausae fuerint. Ipse autem *Celsus* ait, nihil inter has et columbas interesse, quae si mane effugiunt, domum tamen refugiunt. Man vergleiche noch über diese alte Controvers QUINCTILIANI Declamat. XIII.

Noch ist zu bemerken, daß man zuweilen noch nachher aus dem ersten Capitel klagen kann, wenn man auch schon zuerst aus dem dritten geklagt hatte. Nur kann man freylich in diesem Falle nicht mehr erhalten, als man erhalten haben würde, wenn man gleich Anfangs wegen widerrechtlicher Tödung geklagt hätte.

L. 46. *D. h. t.* Si vulnerato servo, Lege Aquilia actum sit, postea, mortuo ex eo vulnere, agi Lege Aquilia nihilominus potest.

L. 47. *D. h. t.* Sed si priore iudicis aestimatione facta, postea mortuo servo, de occiso agere dominus instituerit, exceptione doli mali opposita, compelletur: ut ex utroque iudicio nihil amplius consequatur, quam consequi deberet, si initio de occiso homine egisset.

Jedoch ist dies nur von dem Falle zu verstehen, wenn wegen des nämlichen Factums der Verwundung zuerst aus dem dritten Capitel war geklagt worden, weil man noch nicht wußte, ob die Wunde tödlich seyn werde[2]). Denn wäre die Tödung aus einer neuen widerrechtlichen Handlung erfolgt, so sind zwey Vergehungen vorhanden. Daher braucht sich hier der Kläger, wenn er nachher aus dem ersten Capitel des Aquilischen Gesetzes klagt, nicht das anrechnen zu lassen, was ihm schon vorher, als er zuerst wegen der Verwundung klagte, aus dem dritten Capitel dieses Gesetzes ist zugesprochen worden. Von diesem Falle handelt Cajus, wenn er *L.* 32. §. 1. *D. h. t.* sagt:

Si

2) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7. SUAREZ Comm. ad L. A. Lib. III. Cap. II. Sect. 1. nr. 11. pag. 150.

Si idem eundem servum vulneraverit, postea deinde etiam occiderit, tenebitur et de vulnerato et de occiso; *duo enim sunt delicta*: aliter atque si quis uno impetu pluribus vulneribus aliquem occiderit; tunc enim una erit actio de occiso.

Es entsteht bey dieser Gelegenheit noch eine andere Frage, nämlich die, in welchem Verhältniß die Aquilische Pönalklage zu der Contractsklage steht, wenn der widerrechtliche Schade in einem Contract geschehen ist? Findet, nach erhobener Klage aus dem Contract, noch die Klage aus dem Aquilischen Gesetz Statt? Im allgemeinen ist diese Frage dahin zu beantworten, daß die Klage aus dem Aquilischen Gesetz, auch noch nach angestellter Contractsklage, wegen desjenigen Statt finde, was die verletzte Sache binnen der gesetzlich bestimmten Zeit, auf welche die Aestimation zurückgerechnet wird, mehr werth gewesen ist, jedoch mit Abzug dessen, was der Kläger bereits mit der Contractsklage am wahren Werth erhalten hat. Dies ist der Sinn, der so sehr bestrittenen *L.* 34. §. *ult. D. de obligat. et action.* wo **Paulus** sagt:

Et hoc in Legis Aquiliae actione dicitur, si tibi commodavero vestimenta, et tu ea ruperis: utraeque enim actiones rei persecutionem continent: et quidem post Legis Aquiliae actionem utique commodati finietur; post commodati, an Aquiliae remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur? *Sed verius est, remanere; quia simplo accedit, et simplo subducto locum non habet.*

Fast die meisten Rechtsgelehrten halten die Lesart dieses Fragments für fehlerhaft, weil man glaubt, die in

demselben enthaltene Entscheidung stehe mit dem darin angeführten Entscheidungsgrunde in offenbarem Widerspruche. Denn man versteht diesen Grund so, weil dasjenige, was den Werth der Sache durch das Zurückrechnen eines Zeitraums von dreyßig Tagen erhöhet, nur eine Accession des eigentlichen Werths sey, den die Sache zur Zeit der Beschädigung hatte, so könne dieses amplius nicht besonders eingeklagt werden, wenn das Simplum abgerechnet wird, welches der Kläger schon durch die Contractsklage zu seiner Entschädigung erhalten hat. Um diesen Grund mit der Entscheidung des Gesetzes zu vereinigen, wollen daher einige [3]) statt remanere, *non* remanere lesen. Andere [4]) hingegen sehen diesen Grund blos als einen Zweifelsgrund an, der sich auf das dubitatur bezieht, und unterscheiden davon durch eine Parenthese die Worte: (*Sed verius est remanere*). Noch andere [5]), welche auch mit Beybehaltung der gemeinen Lesart *remanere* lesen, glauben jedoch, daß man statt *locum non habet*, vielmehr locum habet ohne Negation lesen müsse. Allein daß das Fragment, ohne eine Aenderung vornehmen zu dürfen, einen vollkommen richtigen und zusammenhängenden Sinn habe, ist schon an einem andern Orte gezeigt worden. Hier will ich nur noch zur mehreren Bestärkung die griechische Ueberse-

tzung

3) AUGUSTINUS Emendation. Lib. I. cap. 3. DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XXI. cap. 3. u. a. m.

4) *Franc.* RYGERBOS Observation. iuris Rom. Cap. I.

5) *Franc.* BALDUINUS de Lege Aquilia pag. 175. *edit. Halens.* VOET Commentar. ad Pandect. h. t. §. 31.

6) Siehe den 4. Theil dieses Commentars §. 284. d. S. 24. Not. 74.

tzung aus den Basiliken[7]) hinzufügen, welche bis jetzt von keinem Ausleger jener Stelle benutzt worden ist. Sie lautet bey Meerman[8]) folgendermaßen:

Εἰ δὲ καὶ ἱμάτια χρήσω σοι, καὶ διαφθείρῃς αὐτὰ, ἀρμόξει καὶ ἡ τῶν ἐν χρήσει διδομένων, καὶ ἡ ἐξ ὁμολογίας μὲν ἀπαιτοῦσα τὸ ἁπλοῦν, ἐξ ἀρνήσεως δὲ τὸ διπλοῦν ἀγωγή. Καὶ τούτης μὲν κινεμένης, ἀναιρεῖται ἡ κατὰ τῶν ἐν χρήσει διδομένων κινεμένη ἀγωγή. Τούτης δὲ κινεμένης, ἐπὶ τῷ περιττῷ σώζεται ἡ ἀπαιτοῦσα ἐξ ὁμολογίας μὲν τὸ ἁπλοῦν, ἐξ ἀρνήσεως δὲ τὸ διπλοῦν ἀγωγή. i. e. *Sed et si vestes tibi commodavero, tuque eas corruperis, competit et de commodatis actio, et ea, quae ex confessione quidem simplum, ex infitiatione autem duplum petit. Atque, hac quidem instituta, tollitur actio, quae de commodatis movetur: illa autem instituta, in amplius salva est actio, quae ex confessione quidem simplum, at ex infitiatione duplum petit.*

§. 704.

Wem steht die Klage des Aquilischen Gesetzes zu? Gegen wen ist sie anzustellen? Strafe des Läugnens.

Die *actio directa* ex Lege Aquilia kann nur von dem Eigenthümer der beschädigten Sache angestellt werden. Die Worte des Aquilischen Gesetzes[9]): *domino dare damnas esto*, beweisen dieses klar. Ueberdem sagt Ulpian[10]) ausdrücklich: Legis autem Aquiliae actio hero

 compo-

7) *Lib. LII. Tit. 1. Constit. 33. §. 2.*

8) Nov. Thesaur. iuris civ. et canon. Tom. V. pag. 101.

9) *L. 2. pr. L. 27. §. 5. D. h. t.*

10) *L. 11. §. 6. L. 43. D. h. t.*

competit, hoc est, *domino*. In der Folge gestattete man auch jedem Andern, der ein dingliches Recht an der beschädigten Sache hat, eine *actio utilis* ex Lege Aquilia, z. B. dem Usufructuar, desgleichen dem Pfandgläubiger.

L. 11. §. 10. *D. h. t.* An fructuarius vel usuarius Legis Aquiliae actionem haberet, *Iulianus* tractat. Et ego puto melius, sagt **Ulpian**, *utile iudicium* ex hac causa dandum.

L. 17. *pr. D. h. t.* Si dominus servum suum occiderit, bonae fidei possessori [11]), vel ei, qui pignori accepit, *in factum actione* tenebitur.

L. 17. §. 3. *D. de usufr.* Si quis servum occiderit, *utilem actionem exemplo Aquiliae* fructuario dandam, nunquam dubitavi.

Eben so, wie **Ulpian**, lehrt auch **Paulus**.

L. 12. *D. h. t.* Sed et si proprietatis dominus vulneraverit servum, vel occiderit, in quo ususfructus meus est: danda est mihi, *ad exemplum Legis Aquiliae*, actio in eum *pro portione ususfructus* [12]); ut etiam ea pars

11) Der bonae fidei possessor klagt nämlich darauf, quod sua interest, servum non occidi, propter id, quod a venditore consecuturus fuisset, si dominus servum evicisset, non occidisset, wie der Scholiast der Basiliken ad Lib. LX. Tit. 3. Const. 17. ad v. *Possessori* Tom. VII. pag. 80. sagt. Man sehe auch SUAREZ Comm. ad L. A. Lib. III. Cap. V. nr. 16—21. pag. 156.

12) Die Worte: *pro portione ususfructus* erklärt der griechische Scholiast c. l. pag. 76. so: ut, si *solidum usumfructum quis habeat, in solidum habeat actionem, si semissem, in semissem.*

Ihm

pars anni in aestimationem veniat, qua nondum usus-fructus meus fuit[13]).

L. 30. §. 1. *D. eodem.* Pignori datus servus, si occisus sit, debitori actio competit. Sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse eius, quod debitor solvendo non sit, aut quod litem tempore amisit[14]), quaeritur? Sed hic iniquum est, et domino

et

Ihm pflichtet auch SUAREZ cit. Comm. Lib. II. Cap. III. Sect. II. nr. 43. bey. Allein richtiger erklärt POTHIER in Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XL. not. g. pag. 287. diese Worte so: *pro portione, quam in pretio servi usufructus in eo alienus minuet.* Z. B. der Sklave war an sich 30 aureos werth, allein wegen des davon getrennten Nießbrauchs konnte man ihn nur auf 20 ansetzen. Hier konnte der Usufructuar nur 10 aureos zum Ersatz fordern, wenn der Proprietar den Sklaven widerrechtlich getödet, oder denselben durch Verwundung zum Dienst unbrauchbar gemacht hatte. Denn dies ist der Betrag des wegen des getrennten Nießbrauchs verminderten Werths.

13) Weil nämlich bey der Ausmittelung des höchsten Werths das Jahr rückwärts gerechnet wird, so kommt es hier nicht darauf an, ob der Usufructuar schon während dieses Jahrs den Nießbrauch gehabt hat, oder nicht.

14) Man muß sich hier einen solchen Fall gedenken, da das Pfand für eine Forderung ist gegeben worden, welche der Gläubiger binnen der gesetzlichen Verjährungszeit nicht eingeklagt hat. Da hier, der eingetretenen Verjährung ungeachtet, immer noch eine natürliche Verbindlichkeit des Schuldners vorhanden ist, weswegen das Pfand gültig bleibt; so hat der Gläubiger allerdings ein starkes Interesse, daß das Pfand nicht beschädiget werde, weil er sich, wegen des durch die Verjährung erloschenen Klagerechts, lediglich an das Pfand halten muß, und außerdem keine andere Art der Rechtsverfolgung hat. S. POTHIER Pandect. Iustin. T. I. h. t. Nr. XXXIV. not. p. pag. 286.

et creditori eum teneri: nisi si quis putaverit, nullam in ea re debitorem injuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem [15]), et, quod sit amplius, consecuturus sit ab eo: vel ab initio in id, quod amplius sit, quam in debito, debitori dandam actionem. Et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris, vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori; ipsi autem debitori in id, quod debitum excedit, competit Aquiliae actio.

Allein die Frage ist, ob auch derjenige die Klage aus dem Aquilischen Gesetz anstellen könne, der nur ein persönliches Recht an der beschädigten Sache hat? Die Rechtsgelehrten sind darüber verschiedener Meinung. Die ältern [16]), und auch unter den neuern Herr von Löhr [17]), erfordern zur Anstellung der Aquilischen Klage ein dingliches Recht auf die beschädigte Sache. Dagegen hat Schömann [18]) zu zeigen gesucht, daß auch schon ein persönliches Recht hinreichend sey. Nach Thibaut [19]) kann die Klage von

15) Denn was der Gläubiger mit der Aquilischen Klage am Werthe des Pfandes erhält, muß er sich auf die Schuld anrechnen lassen. Der Schuldner kann auch selbst noch auf das klagen, was der Werth des Pfandes mehr beträgt, als die Schuld.

16) NOODT ad L. Aquil. cap. 11. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 7.

17) Theorie der Culpa. 2. Abschn. §. 14. Not. 2. S. 83.

18) Handbuch des Civilrechts 1. B. S. 217.

19) System des Pandect. Rechts 2. B. §. 964.

von jedem angestellt werden, welcher ein Interesse dabey hat, daß die Sache nicht beschädiget werde. Eben so Höpfner[20]) und Hellfeld. Für jene Meinung spricht nun zwar freylich die *L.* 11. §. 9. *D. h. t.* wo Ulpian sagt:

Eum, cui vestimenta *commodata* sunt, non posse, si scissa fuerint, *Lege Aquilia* agere, *Iulianus* ait: sed domino eam competere.

Dagegen aber sagt doch auch eben dieser Ulpian *L.* 27. §. 14. *D. eodem.*

Si avenam in segetem alienam inieceris, si locatus sit fundus, *in factum* agendum, et si colonus eam exercuit, cavere eum debere, amplius non agi, scilicet ne dominus amplius inquietet.

Der Pächter, als solcher, hat doch gewiß vor geschehener Perception der Früchte kein dingliches Recht daran[21]); und dennoch wird ihm hier die actio in factum eingeräumt, so gut, als dem Eigenthümer selbst. Warum sollte ihm nicht auch, wenn die Früchte auf andere Art vor der Aerndte sind corrumpirt worden, die actio Legis Aquiliae zustehen, da beyde Klagen weiter nicht, als in Ansehung des gerichtlichen Verfahrens, von einander unterschieden waren? Dahingegen kann der Käufer, wenn die Sache nach eingetretener Perfection des Contracts, aber noch vor geschehener Tradition, von Jemand beschädiget wird, von dem Verkäufer nur eine Cession der Aquilischen Klage verlangen.

L. 13.

20) Commentar über die Institutionen §. 1052.

21) §. 36. *I. de rer. divis.*

L. 13. §. 12. *D. de actionib. emti vend.* Sed et si quid praeterea rei venditae nocitum est, actio emtori praestanda est, damni forte infecti, vel aquae pluviae arcendae, vel *Aquiliae.*

Der anscheinende Widerspruch dieser Gesetzstellen läßt sich ohne alle Schwierigkeit heben, wenn man folgende Fälle unterscheidet.

1) Derjenige, welchem nur ein persönliches Recht an der beschädigten Sache zusteht, hatte auf den Erwerb des Eigenthums derselben einen schon begründeten Anspruch. Hier kann der Pächter, wenn die Früchte vor der Aerndte beschädiget worden sind, ohne allen Zweifel aus dem Aquilischen Gesetz oder actione in factum klagen. Der Käufer hingegen kann sich auf verschiedene Art helfen, wenn vor der Uebergabe die Sache durch die positive Handlung des Verkäufers oder eines Dritten beschädiget worden ist. Er kann entweder zuvor auf Tradition klagen, und dann den Urheber des Schadens actione directa ex Lege Aquilia belangen. Denn, um von dieser Klage Gebrauch zu machen, braucht man nicht gerade zur Zeit der Beschädigung schon Eigenthümer der Sache gewesen zu seyn, sondern ein auch nachmals erst erlangtes Eigenthum berechtiget dazu [22]). Sollte etwa die Sache durch unvorsichtige Thätigkeit des Verkäufers, sey auch das Versehen noch so gering, zu Grunde gerichtet seyn, so kann er gegen den Verkäufer actione emti klagen [23]); oder er kann sich auch, wenn

22) *L.* 43. *D. h. t.* Dominum Lex Aquilia appellat, *non utique eum, qui tunc fuerit, cum damnum daretur.*

23) S. SCHOEMAN Handbuch des Civilrechts 1. B. S. 223. ff.

wenn ein Dritter den Schaden angerichtet, die Klage des Aquilischen Gesetzes von dem Verkäufer cediren lassen [24]).

2) Der Personalberechtigte hat zwar auf den Erwerb des Eigenthums keinen Anspruch, er ist aber doch wegen seiner Nachlässigkeit dem Eigenthümer für den Schaden verantwortlich. Hier kann auch der Miethmann, desgleichen der Commodatar die actio utilis ex Lege Aquilia anstellen [25]).

3) Der Personalberechtigte ist wegen des Schadens, den ein Dritter durch eine widerrechtliche Handlung verursacht hat, dem Eigenthümer nicht verantwortlich. Hier kann nicht jener, sondern nur dieser die Aquilische Klage anstellen [26]).

Daß übrigens die Klage aus dem Aquilischen Gesetz auch den Erben und übrigen Nachfolgern des Beschädigten zustehe,

24) §. 3. *I. de emtione et vendit.* Utique tamen vindicationem rei et condictionem (sc. furtivam) exhibere debebit emtori: *quia sane, qui nondum rem emtori tradidit, adhuc ipse dominus est.* Idem etiam est de furti et *de damni iniuriae actione.*

25) *L.* 41. *D. Locati.* VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 10. THIBAUT System des PR. 2. B. §. 963. not. a.

26) *L.* 11. §. 9. *D. h. t.* Jedoch glaubt WERNHER in lectissim. Commentat. in Pand. P. I. h. t. §. 10 daß auch in diesem Falle der Commodatar wegen des ihm entzogenen Gebrauchs der Sache mit der Klage aus dem Aquilischen Gesetz zu hören sey. Er könne nur nicht wegen der beschädigten Sache selbst auf Aestimation klagen. Allein auch die *L.* 2. *pr. D. Si quadrupes*, worauf er sich beruft, giebt dem Commodatar nur eine Klage, *quatenus tenetur commodanti.*

zustehe, leidet, bey der ausdrücklichen Verordnung der Gesetze [27]), keinen Zweifel.

Der Beklagte ist hiernächst derjenige, welcher den Schaden angerichtet hat. Läugnet er, die schädliche Handlung begangen zu haben, und er wird nachher derselben überführt, so kann er auf das Doppelte belangt werden [28]). Denn, wenn gleich die Größe der obligatio erst durch den Richter bestimmt werden soll, so wird es doch so angesehen, als wenn über die Richtigkeit des Factums schon abgeurtheilt wäre [29]). Balduin [30]) glaubt, daß von dieser Strafe des Läugnens ein eignes Capitel des Aquilischen Gesetzes gehandelt habe, und zwar wahrscheinlich das vierte. Denn wenn gleich Cajus [31]) bey dem ersten Capitel des Aquilischen Gesetzes die Bemerkung hinzufügt:

> Et infra deinde cavetur, *ut adversus inficiantem in duplum actio esset;*

so gehöre doch diese Strafe eben so gut zu dem dritten, als zu dem ersten Capitel des Gesetzes, und es scheine daher das vierte Capitel davon gehandelt zu haben. Allein Mylius [32]) hat dieser Meinung nicht ohne Grund widersprochen. Die ganze Fassung des oben angeführten dritten Capitels

27) *L. 23. §. 8. D. h. t.*

28) *L. 2. §. 1. L. 23. §. 10. D. eod.*

29) Das Gesetz sagt: DARE — DAMNAS ESTO. *L. 2. pr. L. 27. §. 3. D. h. t.* S. von Löhr Theorie der Culpa. §. 20. S. 130.

30) De Lege Aquilia pag. 159. sq.

31) *L. 2. §. 1. D. h. t.*

32) Diss. postuma de tribus Legis Aquiliae capitibus, in dem Reitzischen Theophilus Tom. II. pag. 1101.

pitels beweißt es, daß es das letzte gewesen seyn müsse. Hierzu kommt noch die Auctorität des griechischen Paraphrasten der Institutionen[33]), welcher ausdrücklich sagt: Ἡ δὲ τάτε νομοθεσία εἰς τρία διαιρεῖται κεφάλαια. i. e. *Huius autem constitutio in tria dividitur capita.*

Da die Klage des Aquilischen Gesetzes eine Pönalklage ist, so hat sie

1) gegen mehrere, die den Schaden mit einander angerichtet haben, in solidum Statt, und zwar so, daß die Zahlung des einen die übrigen nicht befreyt, weil durch die Begehung des Delicts alle gleiche Strafe verwirkt haben.

L. 11. §. 2. *D. h. t.* Si plures servum percusserint, utrum omnes, quasi occiderint, teneantur, videamus? Et si quidem apparet, cuius ictu perierit, ille, quasi occiderit, tenetur; quod si non apparet, omnes, quasi occiderint, teneri IULIANUS ait. *Et, si cum uno agatur, caeteri non liberantur: nam ex Lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena.*

2) Sie kann nicht gegen die Erben angestellt werden, außer wenn der Prozeß noch bey Lebzeiten des Erblassers seinen Anfang genommen hätte, oder die Erben durch den entstandenen Schaden reicher geworden sind.

§. 9. *I. h. t.* Constat, in heredem eam actionem non transire, quae transitura fuisset, si ultra damnum nunquam lis aestimaretur.

L. 23. §. 8. *D. h. t.* Hanc actionem et heredi caeterisque successoribus dari constat. Sed in heredem, vel

33) THEOPHILUS in Paraphr. graec. Institut. Lib. IV. Tit. 3. princ. nach Reitz Tom. II. pag. 753.

vel caeteros haec actio non dabitur, *cum sit poenalis*: nisi forte ex damno locupletior heres factus sit.

L. un. C. Ex delictis defunctor. in quantum heredes conveniant. Post litis contestationem, eo, qui vim fecit, vel concussionem intulit, vel aliquid deliquit, successores eius *in solidum*, alioquin, *in quantum ad eos pervenit*, conveniri, iuris absolutissimi est: ne alieno scelere ditentur.

Wird wegen eines widerrechtlichen Schadens actione in factum geklagt, so glauben viele [34]), die Klage gehe wider die Erben. Allein man setzt hier voraus, daß diese Klage eine reine actio rei persecutoria sey, welches aber oben widerlegt worden ist.

3) Concurrirt die Klage mit mehreren Pönalklagen, so werden diese so wenig durch sie, wie sie durch die andern consumirt.

L. 2. D. de delictis priv. Nunquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur. Neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam. §. 1. Qui igitur hominem subripuit, et occidit: quia subripuit, *furti*, quia occidit, *Aquilia* tenetur. Neque altera harum actionum alteram consumit. §. 2. Idem dicendum, si rapuit, et occidit: *nam et vi bonorum raptorum, et Aquilia tenebitur.*

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß die Klage des Aquilischen Gesetzes auch unter Ehegatten Statt habe. Ulpian läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er *L. 27. §. 30. D. h. t.* sagt:

Si

34) THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 963. und andere oben S. 337. Not. 96. angeführte Rechtsgelehrten.

Si cum maritus uxori *margaritas extricatas*[35]) dediſſet in uſu, eaque invito, vel inſcio viro perforaſſet, ut pertuſis in linea uteretur, *teneri eam Lege Aquilia*, ſive divertit, ſive nupta eſt adhuc.

Auch ſagt Paulus *L.* 26. *D. eodem.*

Mulier, ſi in viri damnum dederit, *pro tenore Legis Aquiliae convenitur.*

Da

35) Die Baſiliken haben Lib. LX. Tit. 3. Conſt. 27. §. 30 ἀτρήτους μαργαρίτας i. e. *margaritas non perforatas.* Io. LEUNCLAVIUS Notator. Lib. II. Nr. XXXII. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iur. Rom.* Tom. III. pag. 1510.) hält daher das in der *L.* 27. §. 30. *D. cit.* vorkommende Wort extricatas für corrupt, und will dafür lieber *margaritas atretas* leſen. *Iac.* CUJACIUS Lib. XVIII. Obſervation. cap. 37. erklärt dieſen Ausdruck nach PLINIUS Lib. IX. *Hiſt. Nat.* cap. 35. durch *exaluminatas*, ſcilicet a detracto alumine, nondum tamen pertuſas, et in lineam conjectas. Faſt auf gleiche Art erklärt *Caelius* RODIGINIUS Lib. V. Lection. Antiquar. cap. ult. das Wort extricatas durch *purgatas.* Allein man kann die Leſeart *extricatas* füglich beybehalten. Denn *extricare* heißt, wie *Ger.* NOODT ad L. Aquil. cap. 15. gezeigt hat, nichts anders, als *ſolvere* ſeu *expedire*, und läuft alſo mit purgare auf eins hinaus. Man ſehe auch *Ev.* OTTO in Praefat. ad Tom. III. Theſ. Iur. Rom. pag. 57. und SUAREZ in Comm. ad L. Aquil. Lib. II. cap. III. Sect. III. nr. 3. pag. 124. Uebrigens haben die griechiſchen Scholiaſten *ad Baſilica Lib. LX. Tit. 3. Tom. VII. pag. 69.* zur Erläuterung der angeführten Stelle eine Bemerkung gemacht, welche hier einen Platz verdient. Τοῖς γὰρ παλαιοῖς μᾶλλον οἱ ἄτρητοι ἐχρησίμευον, ὅτι ἐχρῶντ αὐτοῖς ὡς λίθοις. i. e. *Veteres enim non perforatis magis utebantur, quia eis utebantur quaſi lapillis.*

Da jedoch während der Ehe keine Pönalklage unter Ehegatten statt findet[36]); so behauptet Suarez[37]) nicht ohne Grund, daß die Aquilische Klage unter Eheleuten, auch selbst im Läugnungsfalle, immer nur auf einfachen Ersatz gehe. Eben dies ist auch die Meinung der griechischen Scholiasten[38]), welche bey der angeführten *L.* 27. §. 30. *b. t.* die Bemerkung gemacht haben. Πλὴν εἰς τὸ ἁπλοῦν, κἂν ἀρνήσηται, καταδικάζεται. i. e. *Sed in simplum, etiamsi inficiata sit, condemnatur.*

§. 705.

Heutiger Gebrauch des Aquilischen Gesetzes.

Ob die Lex Aquilia noch heut zu Tage eben dieselbe Anwendbarkeit habe, wie zu Ulpians Zeiten? ist unter den heutigen Rechtsgelehrten sehr streitig. Thomasius[39]), dem auch Höpfner[40]) beystimmt, glaubt, daß von dem Gesetz selbst in Deutschland keine Anwendung zu machen sey. Denn die wegen eines damni iniuria dati Statt findende Klage, deren man sich heut zu Tage bedient, sey nicht auf das Aquilische Gesetz, sondern auf das deutsche Recht, und auf die natürliche Billigkeit gegründet. In so weit also die Verordnungen dieses Gesetzes bloße Vorschriften

36) *L.* 2. *C. rerum amotar.*

37) Comm. ad L. Aquil. Lib. II. Cap. III. Sect. III. nr. 49. pag. 127.

38) Ad Basilicor. Lib. LX. Tit. 3. Tom. VII. pag. 96. ad verb. *Matrimonio.*

39) Diss. de larva Legis Aquiliae detracta actioni de damno dato, receptae in foris Germanorum. *Halae 1703.*

40) Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 1060.

schriften des Naturrechts sind, wären sie auch bey uns gültig. Dagegen behaupten Schöman[41]) und Löhr[42]), daß sich die heutige Anwendbarkeit des Aquilischen Gesetzes mit Grund nicht bezweifeln lasse. Denn es sey ja bey uns bis jetzt noch keine öffentliche Strafe damit verbunden worden, und davon hange ja bekanntlich die heutige Anwendbarkeit der Römischen Pönal- und gemischten Klagen ab. Die Richtigkeit dieser Theorie werde durch den Ausspruch des römischen Juristen Paulus außer Zweifel gesetzt, welcher *L. 6. D. de Iniur.* sage:

Plane si actum sit iudicio publico, denegandum est privatum.

Die meisten heutigen Rechtsgelehrten[43]) gehen den Mittelweg. Sie behaupten, daß zwar die in dem Aquilischen Gesetz bestimmten Privatstrafen nach dem heutigen Gerichtsgebrauche wegfielen, im Uebrigen aber fänden die Grundsätze des Römischen Rechts über die Klage wegen widerrechtlich erlittenen Schadens noch heut zu Tage ihre

41) Handbuch des Civilrechts I. Bd. S. 231. f.

42) Theorie der Culpa §. 18. S. 112. ff.

43) *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 10. STRYK Us Mod. Pand. h. t. §. 2. et 3. STRUV Synt. iur. civ. Ex. XIV. Th. 25. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 24. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 12. SCHILTER Prax. iuris Rom. in foris Germ. Ex. XIX. §. 60. sqq. PUFENDORF Observation. iur. univ. Tom. IV. Obs. 95. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 24. BOEHMER Doctr. de actionibus. Sect. II. Cap. XI. §. 21 — 23. Schmidt Lehrbuch von Klagen §. 1209. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. III. §. 3009. THIBAUT System des Pand. R. 2 Bd. §. 963. und 964. von Berg jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle 1. Th. Nr. XVI. S. 216. u. ff. u. a. m.

Anwendung. Diese letztere Meinung, wenn sich auch gleich nach theoretischen Gründen vieles dagegen einwenden läßt[44]), ist dennoch in der heutigen Praxis die gewöhnliche, wornach gesprochen wird. Die heutige Praxis weicht nämlich in folgenden Stücken von der Strenge des Aquilischen Gesetzes ab.

1) Alle Rechtsmittel, welche das Römische Recht wegen eines widerrechtlichen Schadens giebt, die *actio Legis Aquiliae directa*, *utilis*, und die *actio in factum*, gehen jetzt nur auf reinen Schadensersatz; und zwar wird nur auf den Werth Rücksicht genommen, den die Sache zur Zeit der Beschädigung hatte, ohne die verschiedenen Fälle, wovon das erste und dritte Capitel des Aquilischen Gesetzes handeln, weiter von einander zu unterscheiden. Doch kann auch alles erweisliche Interesse, nach den oben vorgekommenen Grundsätzen, ohne Zweifel in Anschlag gebracht werden[45]). Was also oben (S. 369.) von der successiven Concurrenz der Contractsklage und der actio Legis Aquiliae gesagt worden ist, wenn man in Rücksicht des Objects durch die letzte noch mehr erhalten konnte, als durch die erste, fällt jetzt weg[46]). Dahingegen kann die actio Legis

44) S. Webers Versuche über das Civilrecht S. 66—69.

45) Man vergleiche hier vorzüglich Joh. Christ. Conr. Schröters vermischte juristische Abhandlungen zur Erläuterung des deutschen Rechts 1. Bd. S. 493. ff. *Gall. Aloys.* KLEINSCHROD Doctrina de reparatione damni delicto dati. Specim. I. (*Wirceburgi 1798.* 4.) §. 17. et 18. und Carl Aug. Tittmanns Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts 1. Theil (Halle 1806. 8.) §. 170.

46) THIBAUT System des Pand. R. 2. Bd. §. 964.

gis Aquiliae gegen einen Contrahenten auch noch heut zu Tage auf Ersatz eines jeden Schadens angestellt werden, den er durch unvorsichtige positive Thätigkeit verursacht hat, ohne auf den Grad des Versehens Rücksicht zu nehmen[47]). Jedoch fällt

2) die Verurtheilung auf das Doppelte, wegen arglistigen Läugnens, heut zu Tage weg. Indessen weichen hierin selbst manche practische Rechtsgelehrten[48]) von der gewöhnlichen Meinung ab.

3) Haben mehrere zusammen den Schaden angerichtet, so sind sie entweder alle als Urheber der rechtswidrigen Handlung anzusehen, aus welcher der Schade entstanden ist, oder nur einer ist als Urheber, der andere als Gehülfe, das ist, als ein solcher anzusehen, welcher die unerlaubte That nur auf irgend eine Art befördert hat, die von dem ersten begangen worden ist. Jene haften zwar auch noch heut zu Tage in solidum, und zwar ohne Unterschied, sie mögen alle, oder nur einer aus bösem Vorsatz gehandelt haben, und der andere in einer bloßen Culpa seyn[49]). Hat jedoch einer von denselben den ganzen Schadensersatz geleistet, so sind die übrigen von allem weitern Anspruche

47) *Ge. Frid.* KRAUS Diss. de Lege Aquilia in eos etiam, quos contractus ad exactissimam diligentiam non obligat, culpam levissiman vindicante. §. 14.

48) LAUTERBACH c. l. §. 24. und HOFACKER c. l. §. 3009. in fine.

49) S. KLEINSCHROD cit. Doctrina Specim. I. §. 9. et 10. und Carl Aug. Tittmanns Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts 1. Th. §. 175. S. 446.

frey[50]). Wenn hingegen von mehreren der eine als Urheber, der andere als Gehülfe an der rechtswidrigen Handlung Theil nahm; so ist zwar der Natur der Sache nach dieser so gut, als jener, zur Privatgenugthuung verbunden. Denn diese Verbindlichkeit beruhet überhaupt auf der widerrechtlichen Handlung[51]). Allein der Gerichtsgebrauch macht zunächst den Urheber verantwortlich, welcher hauptsächlich für den Schaden haftet. Der Gehülfe ist nur in sofern verbindlich, als seine Handlung den Schaden selbst bewirkt hat, und der Urheber zu unvermögend ist, die Genugthuung zu leisten[52]). Dahingegen haben bloße Begünstiger keine Verbindlichkeit zur Entschädigung, weil der Schade nicht aus ihrer widerrechtlichen Handlung entstand. Daher wirkt heutigen Tages die bloße Genehmigung einer Schadensstiftung noch keine Verbindlichkeit zur Privatgenugthuung, ausgenommen bey Ehrenverletzungen, wo die Genehmigung selbst Beleidigung wird[53]). Denn die Römi-

50) SCHILTER Prax. Iur. Rom. Ex. XIX. §. 70. STRYK Us. Mod. Pand. h. t. §. 21. *de* BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. IX. §. 12. not. 3. Schröter a. a. O. S. 491. Zwar will CARPZOV P. II. Decis. 90. den correis das beneficium divisionis einräumen. Allein daß dieses hier nicht Statt finde, wo die Correalverbindlichkeit aus einer rechtswidrigen Handlung entspringt, zeigt BOEHMER in Meditat. ad Art. 204. C. C. C. §. 6. Man sehe auch HOFACKER c. l. §. 3009. not. g. und Tittmann a. a. O. S. 446.

51) Tittmann a. a. O. S. 448.

52) §. 11. *I. de obligat. quae ex delicto nasc.* *L. 4. §. 5. D. de vi bonor. rapt.* *L. 55. D. pro socio.* *Frid. Es.* PUFENDORF Commentat. de culpa P. III. Cap. I. §. 26. sqq.

53) S. KLEINSCHROD Doctrina cit. Specim. I. §. 7. et 8. WESTPHAL Diss. de consortibus et adiutoribus criminum eorumque poena

Römischen Gesetze, welche die Genehmigung der Schadensstiftung gleichsetzen [54]), haben nie gerichtlichen Gebrauch erhalten [55]).

4) Die Verbindlichkeit zum Schadensersatz wird heut zu Tage als eine auf dem Vermögen des Schadenstifters haftende Schuld angesehen, welche mit demselben auf jeden Erwerber übergeht. Daher sind, nach dem heutigen Gerichtsgebrauche, die Erben unbedingt verbunden, den von ihrem Erblasser zugefügten Schaden aus dem Nachlasse zu ersetzen, jedoch weiter nicht, als so weit die Erbschaftsmasse zum Ersatz zureicht [56]). Die Praxis nimmt hier das Canonische Recht zur Richtschnur an [57]), wenn gleich dasselbe eigentlich nicht die weltliche, sondern nur

poena et noxa. Cap. IV. §. 30. sqq. und Tittmann im angef. Handbuch 1. Th. §. 175. S. 447. f.

54) *L. 1. §. 14. D. de vi et vi arm. L. 152. §. 2. D. de Reg. iur.*

55) S. *Casp.* ZIEGLER Diss. de ratihabitione, eiusque effectu iuris §. 23. (in EIUS *Disceptat. for.* Nr. 17.) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXIII. Corol. 1. et Specim. DXXXIV. medit. 11. et 12. Tittmanns Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts. 1. Th. §. 127. Not. p. S. 310.

56) KLEINSCHROD Doctr. cit. de reparatione damni delicto dati. Specim. I. §. 12—14. und Tittmann a. a. O. §. 176.

57) *Cap. 14. X. de Sepult. Cap. 5. X. de rapt.* LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. CXII. Cor. 3. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. IV. Observ. 95. Schröters vermischte juristische Abhandlungen. 1. Bd. S. 492. a. E. von Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. 1. Th. §. 87. S. 124. KLEINSCHROD cit. loc. §. 14. und Tittmann a. a. O. §. 176. Not. n. S. 449.

die geistliche Gewalt für hinreichend hält, die Erben um des Seelenheils ihres Erblassers willen zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit zu zwingen[58]).

5) Nach der heutigen Praxis kann ferner mit der actio Legis Aquiliae utilis auch auf Schmerzengeld geklagt werden[59]). In den deutschen Gesetzen ist dieses ausdrücklich gegründet[60]), und findet neben der Verbindlichkeit zum Ersatz des Heilerlohns, der Versäumnißkosten, und der übrigen oben (S. 342.) näher angegebenen Entschädigung des Verwundeten Statt[61]). Die Größe dieses Geldes bestimmt der Richter nach der Beschaffenheit der Verwundung und der Dauer der Cur[62]). Gewöhnlich wird hier-

58) S. von Löhr Theorie der Culpa §. 18. S. 113.

59) Pet. MÜLLER Diss. de pecunia doloris. *Ienae 1686.* von Quistorp Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien (Rostok und Leipz. 1787. 8.) Abh. 23. und Ludw. Joh. Dankwarth über Schmerzgeld. Rostok 1788.

60) P. G. O. Carls V. Art. 20. Grolman Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 248.

61) Anderer Meinung sind zwar *Io. Andr.* FRIEDERICH in Diss. de vulnerationum satisfactione e Germanorum legibus caute derivanda. *Altdorfii 1781.* und EMMINGHAUS ad *Corceji* ius civ. controv. h. t. Qu. II. not. x. Allein daß nach dem heutigen Gerichtsgebrauche die Sache ausser Zweifel sey, bestätigen STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 10. VOET Comm. h. t. §. 11. PUFENDORF Observat. iur. univ. T. IV. Obs. 51. Meisters rechtliche Erkenntnisse in peinl. Fällen. 1. Th. Decis. 30. nr. 21. Tittmanns Handbuch des gemeinen deutschen peinl. Rechts 1. Th. §. 171. Nr. IV. S. 432.

62) MÜLLER cit. Diss. Cap. III. Th. 2. et 3. und Tittmann a. a. O. S. 432.

hierbey die Summe der Curkosten zum Maasstabe angenommen [63]). Sogar die Erben des Verwunders sind noch zur Bezahlung des Schmerzengeldes verbunden, wenn gleich die Klage bey Lebzeiten ihres Erblassers nicht war angestellet worden [64]). Nur die Erben des Verwundeten können das Schmerzengeld nicht mehr fordern [65]); auch nicht der Verwundete, wenn er Urheber des Streits war, in welchem die Verletzung erfolgte [66]); obwohl der Umstand, daß man den Streit selbst angefangen hat, den Anspruch auf Schadenersatz, nämlich auf Vergütung der Cur- und Heilungskosten, nicht ausschließt, wenn nämlich der Andere sich eines groben Excesses schuldig gemacht haben sollte [67]).

Endlich ist noch

6) zu bemerken, daß die heutige Praxis auch wegen der Verunstaltung einer Person, außer der Verbindlichkeit zum Unterhalte, wenn sie durch Lähmung, oder Beraubung des Gesichts, zur Treibung ihres Gewerbes gänzlich unbrauchbar gemacht worden ist, noch einen Anspruch auf Entschädigung Statt finden läßt, wenn nämlich dadurch

63) Quistorps Grundsätze des peinl. Rechts 1. Th. §. 337. S. 505.

64) Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden. §. 1208. Not. m.

65) Quistorp in den angef. Grundsätzen §. 337. S. 506.

66) S. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. for. Vol. II. Obs. 383. *Ge. Iac. Frid.* MEISTER Princip. iur. crim. Germ. commun. §. 173. in fin. pag. 185.

67) PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 52. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXII. medit. 2. et 3. und Quistorp Grdsz. des P. R. 1. Th. §. 336.

durch das künftige Fortkommen des Beschädigten erschwert wird [68]). Diese Entschädigung findet nicht blos bey Frauenspersonen Statt, wenn ihnen durch die Verunstaltung die Hoffnung einer ehelichen Versorgung ist vereitelt worden [69]); sondern auch bey Mannspersonen, wegen Verhinderung zu gewissen Aemtern, bey welchen die Verunstaltung einen Anstoß geben würde [70]).

Daß übrigens die Stiftung eines rechtswidrigen Schadens zuweilen eine öffentliche Strafe zur Folge haben könne, leidet keinen Zweifel. Jedoch ist diese Strafe, wo die That nicht in ein besonderes benanntes Verbrechen übergeht, gewöhnlich der richterlichen Willkühr überlassen [71]).

Nach den Grundsätzen des Aquilischen Gesetzes pflegt man heut zu Tage auch die Frage zu entscheiden, ob ein Verleger wegen eines ihm confiscirten Buchs Entschädigung fordern könne [72])? Man unterscheidet nehmlich auf folgende Art. Das Buch ist entweder unter Auctorität des

68) STRYK Us. Mod. Pand. Lib. IX. Tit. 3. §. 5. *van* LEEUWEN Censur. for. Lib. V. cap. 21. nr. 18. SCHILTER Prax. Iur. Rom. in for. Germ. Exercit. XIX. §. 34. sqq. *Io. Sam. Frid.* BOEHMER ad *Carpzovium* Qu. XCIX. Observ. 1. Quistorps Grundsätze des peinl. Rechts. 1. Th. §. 337.

69) S. BOEHMER c. l.

70) S. SCHILTER c. l. §. 37. Grolmans Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 248. Not. b. S. 355. und Tittmanns Handbuch des deutschen peinl. Rechts 1. Th. §. 171. Not. r. S. 431.

71) Feuerbachs Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 311.

72) S. Schlözers Staatsanzeigen Heft 72. des 18. Bandes S. 453.

des rechtmäßigen Censors gedruckt worden, oder nicht. In dem letztern Falle hat sich der Verleger den Schaden selbst zugezogen, und er kann daher keine Entschädigung fordern, weil der Auctor und Verleger in pari reatu versiren. In dem ersten Falle hingegen kann sich zwar der Verleger nicht an den Verfasser des Buchs halten. Denn wenn ein Verfasser sein Buch der Censur unterwirft, und es wird zum Druck gelassen, so ist er außer aller Verantwortung [73]). An wen wird sich also hier der Verleger halten müssen? Man unterscheidet hier so. Entweder hat sich der Censor eines Fehlers in seinem Amte schuldig gemacht, daß er ein schädliches Buch zum Druck gelassen, oder es kann auch diesem nichts zur Last gelegt werden. Im ersten Falle muß sich der Verleger an den Censor halten, und gegen diesen die actio Legis Aquiliae utilis anstellen [74]). In dem letztern Falle hingegen, wenn der Staat dafür hält, daß, der gesetzlich beobachteten Form ungeachtet, dennoch das Buch zu verbieten sey, so muß ihn der Staat entschädigen, weil der Verleger alsdann um des gemeinen Bestens willen leidet [75]).

73) *L. 167. §. 1. D. de Reg. iuris.*

74) *Arg. L. 8. et 9. pr. D. h. t. L. 9. §. penult. D. Locati cond.*

75) *Arg. L. 1. D. ad Leg. Rhod. de iactu.*

Lib. IX. Tit. III.

De his, qui effuderint, vel deiecerint.

§. 706.

Verschiedene Rechtsmittel wegen eines durch Werfen oder Gießen aus einem Hause auf die Straße zugefügten Schadens.

Eine besondere Art des damni iniuria dati ist der Schade, welcher dadurch zugefügt wird, daß Etwas aus einem Hause auf die öffentliche Straße, ohne vorhergegangene Warnung, gegossen oder geworfen worden ist [76]). In einem solchen Falle kann nicht nur gegen den Thäter, wenn dieser ausfindig zu machen ist, mit der actione Legis Aquiliae, oder actione iniuriarum geklagt werden; sondern es haftet auch wegen eines solchen Schadens der Hauswirth selbst, oder der Bewohner der Etage, aus welcher gegossen oder geworfen worden ist, quasi ex delicto für das Versehen seiner Hausleute [77]). Jedoch bleibt ihm der Regreß

76) Dem Herunterwerfen wird das Herunterfallen gleichgeachtet, es mag entweder beym Aufhängen oder erst nachher geschehen seyn. *L. 1. §. 3. D. h. t.*

77) *§. 1. I. de obligat. quae quasi ex delicto nasc.* Item is, ex cuius coenaculo, vel proprio ipsius, vel conducto, vel in quo gratis habitat, deiectum effusumve aliquid est, ita, ut alicui noceret, *quasi ex maleficio* obligatus intelligitur. Ideo autem non

Regreß gegen den Thäter unbenommen. Die Klage gegen den Bewohner des Hauses ist die *actio in factum de effusis vel dejectis*, und zwar kann dieselbe,

1) wenn der zugefügte Schade einer bestimmten Schätzung fähig ist, auf den Ersatz des doppelten Werths gerichtet werden [78]).

2) Wenn ein freyer Mensch dadurch getödet worden ist, so steht die Klage jedem Bürger zu. Denn es ist eine actio poenalis und popularis. Treten mehrere zugleich als Kläger auf, so sind diejenigen vor allen andern zuzulassen, welche ein besonderes Interesse dabey haben, oder mit dem Getödeten verwandt oder verschwägert sind [79]). Die Klage geht hier auf 50 aureos [80]), und dauert nur ein Jahr [81]).

3) Ist ein freyer Mensch blos verwundet worden, so kann die Klage sowohl von dem Verwundeten selbst, als von jedem andern Kläger auf dasjenige angestellet werden, was nach richterlichem Ermessen bestimmt werden wird; jedoch mit dem Unterschiede, daß in jenem Falle die actio perpetua, in diesem aber nur annua ist [82]). Der Richter bestimmt

non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut servi, aut liberi. S. Webers systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 19. S. 51. f.

78) *L. 1. §. 4. D. h. t.*

79) *L. 5. §. 5. D. h. t.*

80) *L. 1. §. 5. D. eod.*

81) *L. 5. §. 5. D. h. t.*

82) *L. 5. §. 5. D. h. t.*

bestimmt die Entschädigung des Verwundeten nach dem Verhältniß der Cur- und Versäumungskosten, so wie auch der verursachten Untauglichkeit zum Arbeiten, jedoch nach dem Römischen Rechte ohne Rücksicht auf die entstandene Verunstaltung [83]). Heutigen Tages aber wird noch überdem dem Verwundeten ein Schmerzengeld, so wie auch eine Entschädigung wegen erlittener Verunstaltung zugesprochen [84]).

Hieraus erklären sich nun die Worte des prätorischen Edicts, welche uns Ulpian aufgezeichnet hat. Er sagt nämlich *L.* 1. *pr. D. h. t.*

Praetor ait de his, qui dejecerint, vel effuderint: *Unde in eum locum, quo vulgo iter fiet, vel in quo consistetur, dejectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habitaverit, in duplum iudicium dabo. Si eo ictu homo liber perisse dicetur, quinquaginta aureorum iudicium dabo. Si vivet, nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur, eum, cum quo agetur, condemnari, tanti iudicium dabo. Si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adjiciam, aut noxam dedere* [85]).

§. 707.

83) *L. ult. D. h. t.*

84) S. Schmidt theoret. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen 5. Band §. 1303. und §. 1304. Nr. 4. S. 188.

85) Man vergleiche über dieses Edict *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. *Operum* Tom. II. 227. sqq. und besonders *Ev.* OTTO de tutela viarum publicarum P. III. Cap. 5.

§. 707.

Gründe der Verbindlichkeit des Bewohners.

Es scheint auf den ersten Blick hart zu seyn, wenn nach dem angeführten Edict der Hauswirth für die Schuld seiner Hausleute haften soll. Denn daß der Bewohner schon darum allemal in culpa seyn solle, weil er nicht vorsichtiger bey der Aufnahme seiner Hausleute gewesen, wie Voet [86]) behauptet, läßt sich, wenn man der Erfahrung, und den Gesetzen der Vernunft nicht widersprechen, wenn man keine Unmöglichkeiten zu Pflichten machen will, keinesweges annehmen. Nein, der Wirth und Bewohner des Hauses kann, moralisch betrachtet, ganz schuldlos seyn, und doch läßt sich die scheinbare Härte des prätorischen Edicts sehr wohl rechtfertigen. Denn einmal macht die Beförderung der öffentlichen Sicherheit eine solche Legislation ganz unentbehrlich, weil der wahre Thäter in solchen Fällen, da Etwas aus einem Hause gegossen oder geworfen wird, von dem Beschädigten nicht leicht ausfindig gemacht werden kann. Mit Recht sagt daher Ulpian [87]): Summa cum utilitate id Praetorem edixisse. *Publice enim utile est, sine metu et periculo per itinera commeari.* Sodann aber bleibt es ja dem Wirth unbenommen, seinen Regreß an den wahren Urheber zu nehmen, den er zu entdecken, eher Gelegenheit hat, als der Beschädigte [88]). Die Regreß-

86) Comm. ad Pand. h. t. §. 1.

87) *L. 1. §. 1. D. h. t.*

88) *Notandum enim*, sagt WERNHER in lectiss. Commentatt. in Pandect. h. t. §. 2. *regressui in quasi delictis locum esse, qui in veris delictis denegatur.*

greßklage, welche gegen den entdeckten Thäter angestellt werden kann, ist entweder die allgemeine Entschädigungsklage, *actio in factum*, oder wenn derselbe ein Miethmann ist, die *actio locati*[89]). Daß nun freylich manches Individuum hier, ohne alles Verschulden, das Vergehen eines Andern büßen müsse, ohne je Hoffnung zu haben, eine Vergütung wieder zu erlangen, ist nicht zu läugnen. Allein dieser zufällige Umstand kann doch, wie Weber[90]) sehr gründlich bemerkt hat, dem Gesetzgeber, der nur auf das Ganze Rücksicht nimmt, und nehmen kann, auf keine Weise zur Last gereichen[91]). Eben darum, weil der Beschädigte geradezu den Bewohner des Hauses belangen kann, ohne verbunden zu seyn, denselben als den Urheber oder Theilnehmer der Handlung anzuklagen, heißt es in unsern Gesetzen[92]): Habitatorem aedium ideo non proprie ex maleficio, sed *quasi ex delicto* obligatum intelligi, *quia plerumque ob alterius culpam tenetur.*

§. 708.

Actio in factum de deiectis et effusis.

Die *actio in factum de effusis et deiectis* steht nun also demjenigen zu, welcher durch das Herunterwerfen oder Heruntergießen aus einem Hause einen Schaden erlitten hat.

89) *L. 5. §. 4. D. h. t. Ger.* NOODT Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 10.

90) Systemat. Entwik. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 19. S. 52.

91) *L. 10. D. de Legib.*

92) *L. 5. §. 5. D. de obligat. et actionib.*

hat. Ist das Herunterwerfen aus einem andern Orte geschehen, der eigentlich nicht bewohnt wird, z. B. aus einem Schiffe, oder Gewächshause, u. d. so ist diese Klage eine *actio utilis*[93]. Die Klage steht auch dem Erben des Beschädigten zu, ja, wenn ein freyer Mensch dadurch getödet, oder verwundet worden ist, so ist jeder Bürger zur Anstellung dieser Klage berechtiget.

Sie wird nicht gegen den Eigenthümer des Hauses, als solchen, sondern gegen den Bewohner angestellt[94], er mag Eigenthümer seyn, oder das Haus blos gemiethet haben, oder auch solches unentgeldlich bewohnen[95]. Auch gegen denjenigen findet die Klage Statt, der ein Zimmer nicht zur Bewohnung, sondern blos zu gewissen Geschäften gemiethet hat[96]. Gegen einen Fremden hingegen, der sich nur als Gast eine zeitlang in dem Hause aufhält, kann diese Klage nicht angestellet werden, sondern gegen denjenigen, der ihm das Logis eingeräumt hat[97]. Ist das Ausgießen oder Auswerfen aus einem solchen Orte geschehen, welcher kein Wohnhaus ist, so ist der Beklagte derjenige,

93) *L. 6. §. 3. D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 2.

94)) *L. 1. §. 4. D. h. t.* Haec in factum actio in eum datur, *qui inhabitat*, cum quid deiiceretur, vel effunderetur, *non in dominum aedium.*

95) §. 1. *I. de obligat. quae quasi ex delicto nasc. L. 5. §. 5. D. de obligat. et action.* Man vergleiche hier vorzüglich VOET Comm. h. t. §. 1.

96) *L. 5. §. 3. D. h. t.*

97) *L. 1. §. 9. D. h. t.*

nige, welcher solchen, gleich einem Bewohner, inne hat; und bey einem Schiffe besonders derjenige, welcher demselben vorgesetzt ist [98]).

Bewohnen mehrere das Haus, so ist zu unterscheiden. Entweder sind ihre Wohnungen abgetheilt, und dann kann nur derjenige allein belangt werden, aus dessen Theile geworfen oder gegossen worden ist [99]); oder sie bewohnen das Haus mit einander ungetheilt. Hier haftet zwar einer so gut, wie der andere, in solidum, hat jedoch einer das Ganze bezahlt, so sind die übrigen von der Klage befreyet [100]). Der Grund hiervon ist, weil die Verbindlichkeit des Bewohners hier nicht aus einem wirklichen Delict, sondern nur quasi ex delicto herrührt. Aus gleichem Grunde kann auch derjenige, welcher bezahlt hat, seinen Theilhaber an der Wohnung auf Wiedererstattung des verhältnißmäßigen Antheils belangen [1]).

Gegen die Erben des Bewohners kann die Klage nicht angestellet werden [2]). Doch weicht hierin das heutige Recht, wie Hellfeld bemerkt, von dem Römischen Rechte eben so

98) *L. 6. §. 3. D. h. t.* S. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 5. Theil §. 1302.

99) *L. 5. pr. D. eodem.*

100) *L. 1. §. 10. L. 2. L. 3. D. h. t.*

1) *L. 4. D. h. t.* STRUV Synt. iuris civ. Exercit. XIV. Th. 33. und Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 19. a. E. S. 52.

2) *L. 5. §. 5. D. h. t.*

so ab, wie bey der Verbindlichkeit aus einem wirklichen Delict [3])

§. 709.

Bedingungen der Anwendbarkeit der Klage.

Soll übrigens die actio de effusis et deiectis Statt finden, so muß

1) das Ausgießen oder Auswerfen an einem Orte geschehen seyn, wo Leute zu gehen oder zu stehen pflegen; (*ubi vulgo iter fit* [4]).

2) Es muß keine Warnung vorausgegangen seyn. Hingegen ist es einerley, ob es bey Tage, oder zur Nachtzeit geschehen ist [5]).

§. 699.

Klagen wegen des gefährlichen Aufstellens oder Aushängens.

Zuweilen machen die Gesetze Jemanden, von dem wirklich noch gar kein Schade angerichtet worden ist, schon der bloßen Möglichkeit halber verantwortlich, und quasi ex maleficio straffällig. Dies ist der Fall, wenn Jemand an seinem Hause oder Logis über der öffentlichen Straße Etwas auf eine solche Art aufstellt oder aushängt, daß es leicht herunterfallen, und die Vorübergehenden beschädigen kann. Hierauf ist in dem römischen Recht eine Strafe

3) Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 5. Th. §. 1302. a. E. und §. 1303.

4) *L. 1. §. 2. D. h. t.*

5) *L. 6. §. 1. D. eodem.* VOET h. t. §. 5.

von zehen Ducaten gesetzt, um dadurch die Leute vorsichtig und die Straßen sicher zu machen. Die Klage, die deswegen der Prätor giebt, ist eine actio popularis, die jeder Bürger anstellen kann. Sie findet jedoch nicht, wie die actio de effusis et dejectis, gegen den Bewohner des Hauses, als solchen, sondern nur gegen den Statt, welcher die Sache ausgestellt oder ausgehängt hat. Man nennt sie *actio in factum de posito vel suspenso*, und sie ist eine reine Pönalklage, welche nach dem Römischen Rechte auf die Bezahlung einer Privatstrafe von zehn Ducaten gerichtet werden kann. Die Worte des Edicts lauten folgendermassen [6]).

Ne quis in suggrunda, protectove supra eum locum, qua vulgo iter fiet, inve quo consistetur, id positum habeat, cuius casus nocere cui possit. Qui adversus ea fecerit, in eum solidorum decem in factum iudicium dabo. Si servus insciente domino feciſſe dicetur, aut aestimationem dari, aut noxae dedi iubebo.

Die actio in factum kann auch gegen den angestellet werden, der Etwas zwar nicht selbst aufgestellet hat, aber doch das von Andern gefährlich Aufgestellte duldet, da er es wegnehmen konnte und sollte. Ulpian [7]) sagt ausdrücklich:

Positum habere etiam is recte videtur, qui ipse quidem non posuit, *verum ab alio positum patitur.* Quare si servus posuerit, dominus autem positum patiatur, non noxali iudicio dominus, sed suo nomine tenebitur.

Nur

6) *L. 5. §. 6. D. h. t.*

7) *L. 5. §. 10. D. eodem.*

Nur gegen die Erben findet die Klage nicht Statt, weil sie eine reine Pönalklage ist [8]). Jedoch kann der Erbe, als solcher, die von dem verstorbenen Erblasser bereits angestellte Klage fortsetzen. Dies scheint mir der Sinn der Worte Ulpians [9]) zu seyn, wenn er sagt:

Ista autem actio popularis est, *et heredi similibusque competit.* In heredes autem non competit, quia poenalis est.

Popularklagen, als solche, gehen zwar freylich sonst nicht auf die Erben. Denn da diese Klagen jeder aus dem Volk anstellen kann, so wäre es ungereimt, wenn Jemand, als Erbe, klagen wollte. Gerhard Noodt [10]) findet daher hier eine Schwierigkeit, aus der er sich nicht zu helfen weiß. Er fertiget daher den Leser blos mit den Worten ab: Tu cogita! Cornelius Anton van Wachendorff [11]) glaubt hingegen der Schwierigkeit durch eine Emendation abhelfen zu können. Ihm scheint die gemeine Lesart, wenn sie auch gleich eben so in der Florentinischen Handschrift befindlich ist, fehlerhaft zu seyn; es müßte nämlich statt: et heredi, vielmehr *nec heredi* gelesen werden. Allein auch davon abgesehen, daß, ausser der genauen

8) *L. 5. §. ult. D. eodem.*

9) *L. cit. 5. §. ult. h. t.*

10) Commentar. ad Pand. h. t. Tom. II. pag. 231.

11) Specim. iurid. exhib. Observationes ad Leges quasdam ex iure civ. *Trajecti ad Rhen. 1756.* Cap. I. §. 2. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertation iurid. Belgicar.* Tom. II. Vol. II. pag. 159. sqq.) Ihm stimmt auch WALCH in notis ad ECKHARDI *Hermeneut. iuris* Lib. I. §. 304. pag. 549. bey.

Uebereinstimmung aller bis jetzt bekannten Handschriften, die Basiliken [12]) die gemeine Lesart bestärken; so widerstreitet ja dieser Emendation der ganze Zusammenhang. Eckolt [13]), Voet [14]) und Pothier [15]) wollen daher die Stelle so verstehen, die Klage komme dem Erben, nicht als Erben, sondern *ut uni ex populo* zu. Allein wozu bedurfte es dieser überflüßigen Bemerkung? Daß hingegen Popularklagen durch die Litiscontestation, als ein Privatrecht des Klägers, auf dessen Erben übergehen, lehrt Ulpian [16]) ausdrücklich, wenn er sagt: Quodsi ex populari causa, ante litis contestationem recte dicetur creditoris loco non esse, postea esse.

Ist das gefährlich Aufgestellte heruntergefallen, so sind folgende Fälle zu unterscheiden.

1) Es

12) Tom. VII. Lib. LX. Tit. 4. Const. 5. §. ult. pag. 120. wo es heißt: Η παροῦσα ἀγωγὴ καθολική ἐστι, καὶ ἁρμόζει διαδόχοις, οὐ μὴν κατὰ κληρονόμων, ποινική γάρ ἐστιν. D. h. *Haec actio popularis est, et competit successoribus, non in heredes, quia poenalis est.*

13) Compendiar. Pand. Tractat. h. t. §. 3. in nota.

14) Comm. ad Pand. h. t. §. 6. pr.

15) Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XVII. not. c.

16) *L. 12. pr. D. de Verb. Signific.* Io. GOEDDAEUS in Comment. repetit. praelect. in Tit. Pand. de Verb. Signif. ad h. l. 12. pag. 214. sagt: *Nam per litis contestationem popularis actio mutata est, et, quae ante totius erat populi, nunc ad privatum hunc actorem solum per novam contractus formam in litis initium translata est.*

1) Es hat keinen Schaden angerichtet. Hier fällt alle Klage weg.

2) Es ist Jemand dadurch beschädiget worden. Denn kann dieser.

a) gegen den Urheber, der die Sache aufgestellt hat, *utiliter* aus dem Aquilischen Gesetz klagen. Die actio directa findet darum nicht Statt, weil der Urheber nicht unmittelbar selbst durch seine Handlung, sondern nur mittelbar den Schaden angerichtet hat [17]). Der Beschädigte kann aber auch

b) gegen den Bewohner des Hauses *actione in factum de effusis et deiectis* klagen [18]). Endlich hat auch noch

c) die *actio de posito vel suspenso utilis* Statt, welche auf die Strafe von 10 Ducaten geht. Diese Klage kann aber nicht gegen den Bewohner des Hauses, als solchen, sondern nur gegen den angestellt werden, welcher die Sache auf eine so gefährliche Art aufgestellet hatte, daß sie leicht herunterfallen konnte, obwohl auch gegen diesen die Klage nur in sofern Statt findet, als er entweder Eigenthümer des Hauses ist, oder wirklich in diesem Hause wohnt. Dies scheint mir der wahre Sinn der so sehr bestrittenen Stelle in der *L.* 5. §. 12. *D. h. t.* zu seyn, wo **Ulpian** sagt:

Si id, quod positum erat, deciderit et nocuerit, *in eum competit actio, qui posuit, non in eum, qui*

17) S. Webers syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 20. Not. 1. S. 53.

18) VOET in Comm. h. t. §. 6.

habitaverit, quasi haec actio non sufficiat; quia positum habuisse non utique videtur, qui posuit, nisi vel dominus fuit aedium, vel inhabitator. Nam et cum pictor in pergula [19]) clypeum [20]), vel tabulam expositam habuisset, eaque excidisset, et transeunti damni quid dedisset, *Servius* respondit, ad exemplum huius actionis, dari oportere actionem: hanc enim non competere palam esse; quia neque in suggrunda, neque in protecto tabula fuerat posita. Idem servandum respondit, et si amphora ex reticulo suspensa decidisset, et damni quid dedisset, quia et legitima et honoraria actio deficit.

So durchaus übereinstimmend auch die Lesart in allen bis jetzt bekannten Handschriften und Ausgaben der Pandecten ist; so glauben doch viele Ausleger, es müsse in diesem Fragment irgendwo ein Fehler liegen, weil es ausserdem keinen rechten Sinn und Zusammenhang habe. Cujaz [21]) meint daher, der Zusammenhang erfordere nothwendig eine Umsetzung der Anfangsworte. Man müsse nämlich folgendermassen lesen: *in eum competit actio, qui habitaverit, non in eum, qui posuit.* Ihm haben auch Pothier

19) *Pergula* ist eine Officin oder auch ein offener Laden, worin Künstler ihre Waaren zum Verkauf aufstellten. *L. 19. §. 2. D. de Iudic.* CUJACIUS Lib. XI. Observat. cap. 13. *Ger.* NOODT Commentar. ad Pand. Lib. V. Tit. 1. Tom. II. *Oper.* pag. 154.

20) *Clypeus* ist ein Gemählde in der Form eines Schildes. S. PLINIUS Lib. XXXV. *Histor. Natur.* cap. 3.

21) Observation. Lib. XXII. Cap. 32.

Pothier [22]) und Weber [23]) Beyfall gegeben. Allein schon Siegm. Reich. Jauch [24]) hat diese Emendation mit Recht verworfen. Sie widerstreitet offenbar den vorhergehenden Worten: *Coercetur autem, qui positum habuit, sive nocuit id, quod positum erat, sive non nocuit.* Hierzu kommt die bisher noch gar nicht benutzte Auctorität der Basiliken [25]), welche auch die gemeine Lesart bestärken. In denselben lautet die Stelle Ulpians folgendermassen:

Ἐὰν τὸ κρεμάμενον πεσὸν βλάψῃ, οὐ κατὰ τοῦ οἰκήσαντος δίδοται ἀγωγὴ, ἀλλὰ κατὰ τὸ τεθεικότος. ἡ γὰρ παροῦσα ἰμφάκτουμ ἐκ ἀρκεῖ πρὸς τὴν ζημίαν· ὁ γὰρ τεθεικὼς οὐ δοκεῖ τεθεικέναι, εἰ μὴ κύριός ἐςι τὸ οἴκου, ἢ ἔνοικος. i. e. *Si, quod suspensum erat, deciderit et nocuerit, non in eum, qui habitavit, sed in eum, qui posuit, datur actio. Haec enim actio in factum non sufficit ad damnum, quia is, qui posuit, non videtur posuisse, nisi dominus sit domus, vel inquilinus.*

Wenn jedoch Jauch der Meinung ist, Ulpian rede in dem gedachten Fragment von der Klage aus dem Aquilischen Gesetz, so widerspricht dieser Meinung, ob sie gleich auch von Struv [26]) und Thomasius [27]) behauptet wird, der

22) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XVI. not. a.

23) Entwickl. der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit. §. 20. Not. 1. S. 54.

24) Meditat. critic. de Negationib. in Pandect. Cap. XII. pag. 198.

25) Tom. VII. Lib. LX. Tit. 4. Const. 5. §. 12. pag. 120.

26) Synt. iur. civ. Ex. XIV. §. 40.

27) ad HUBERI Praelect. ad Pandect. h. t. in Schol. ad Princ.

der ganze Zusammenhang des Fragments. Denn dieser lehrt offenbar, daß Ulpian vielmehr von der actione de suspenso utili rede, wie auch schon Huber ganz richtig dagegen erinnert hat. Gerhard Noodt [28]) glaubt einen Ausweg darin zu finden, daß er zwischen den Worten des Edicts de posito, und dem Geist desselben unterscheidet. Nach den erstern habe zwar die actio de suspenso utilis gegen den, qui posuit, schlechterdings statt, wenn er auch weder Eigenthümer noch Miethmann sey; nach dem letztern hingegen müsse der eine oder der andere Umstand vorhanden seyn, wenn die *actio in factum* begründet seyn solle. Es ist aber auch dieser Unterschied in dem Gesetz nicht zu finden. Hübner [29]) hat daher durch eine von neuem versuchte Umsetzung der Worte der Schwierigkeit abzuhelfen gesucht. Er will nämlich mit Beybehaltung alles Uebrigen nur gelesen wissen: quia positum habuisse non utique videtur, nisi vel dominus fuit aedium, vel habitator, *qui posuit*. Der Sinn sey nun der, wenn Etwas von einem Andern, der nicht Bewohner des Hauses ist, auf eine gefährliche Art aufgestellet worden, welches heruntergefallen ist, und Schaden angerichtet hat; so habe die *actio in factum de posito utilis* Statt. (Denn die *actio directa* kann nach den Worten des Edicts nur dann angestellt werden, wenn das gefährlich Aufgestellte noch nicht geschadet hat.) Jedoch habe die *actio utilis* nur gegen den Statt, welcher das Heruntergefallene aufgestellt hatte, nicht gegen den Bewohner.

28) Comment. ad Pand. h. t. Tom. II. pag. 230.

29) *Christ. Gotth.* HÜBNER de natura obligationum, quae quasi ex contractu, et quae quasi ex delicto nascuntur, Conjectur. (*Lipsiae 1802.* 8.) Cap. 6.

ner. Gegen diesen habe nur die *actio de deiectis* Statt, bey welcher es nicht darauf ankomme, ob er von dem, was aufgestellet worden, etwas gewußt habe, oder nicht. Die *actio de posito* hingegen falle hier darum weg, weil man von dem Bewohner nicht schlechterdings sagen kann, *quod positum habuerit*; es müßte denn etwa derjenige selbst der Eigenthümer oder Bewohner des Hauses seyn, welcher die heruntergefallene Sache aufgestellt hatte. Allein das die Worte: *quia positum habuisse non utique videtur*, vielmehr auf den, *qui posuit*, als mit Hübner auf den, *qui inhabitaverit*, zu beziehen sind, lehren die Basiliken in der oben angeführten Stelle ganz unwidersprechlich. Hübner [30]) meint zwar, die *actio in factum de suspenso* finde contra omnem ponentem Statt, licet nec dominus sit aedium, nec inhabitator; und tadelt den gelehrten und scharfsinnigen Heinrich von Suerin [31]), welcher, wie ich glaube, dieses ganz richtig nach dem wahren Sinn des Gesetzes behauptet. Allein seine Meinung widerlegen nicht nur die angeführten Basiliken, welche bey dieser Stelle noch von keinem Ausleger, auch selbst von Suerin nicht, benutzt worden sind, sondern auch der griechische Scholiast [32]), welcher bey dieser Stelle die Bemerkung macht: Οὐδὲ κατὰ τὸ τεθεικότος μὲν, μήτε δὲ οἰκοῦντος, μήτε δεσπόζοντος τοῦ οἴκου, κἂν μὴ οἰκῇ, ἀλλὰ κατὰ τὸ τεθεικότος μόνον ὅτε ἢ κύριος ἐστιν, ἢ κἂν μὴ κύριος ἢ τέως μέντοι

30) Cit. Conjectur. Cap. 6. pag. 83. sq.

31) Repetitar. Lection. iuris. civ. Libr. Cap. 20. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. IV. pag. 36.)

32) *Basilic.* Tom. VII. Lib. LX. Tit. 4. pag. 127. ad verba: *Non in eum, qui habitavit.*

μέντοι ἐνοικῇ. i. e. *Quin et in eum non datur, qui posuit, si neque dominus sit aedium, neque inquilinus. Sed in eum duntaxat, qui posuit, cum dominus esset, vel inquilinus.* Hierzu kommt aber noch vorzüglich die alles entscheidende Auctorität des Ulpians, welcher *L.* 5. §. 8. *D. h t.* zur Erläuterung des Edicts de posito vel suspenso ausdrücklich sagt:

Haec verba: *Ne quis* (scil. in Edicto Praetoris) ad *omnes* pertinent, vel *inquilinos*, vel *dominos aedium*: sive inhabitent; sive non, *habent tamen aliquid expositum his locis.*

Noch zum Beschluß muß ich der Erklärung eines Voet [33]) gedenken, dessen Commentar hierüber doch billig auch von Hübner hätte verglichen werden sollen. Voet sagt, es sey nicht die Meinung des Gesetzes, die Klage de posito vel suspenso gegen den Bewohner des Hauses ganz zu versagen, sondern das Gesetz wolle nur soviel sagen, es werde, wenn das gefährlich Aufgestellt gewesene herunterfallen ist, nicht rathsam seyn, diese Klage anzustellen. Dies sey der eigentliche Sinn der Worte: *quasi haec actio non sufficiat*; weil aus dem Herunterfallen oft ein weit größerer Schaden entsteht, als daß dieser durch die Strafe von zehn Ducaten, worauf diese Klage geht, ersetzt werden könnte. Sollte indessen die aus dem Herunterfallen der aufgestellt gewesenen Sache entstandene Verletzung so geringfügig seyn, daß der Kläger mit der actio utilis de deiectis nicht einmal den Werth von zehen Ducaten erhalten würde, so könne er jetzt mit der actione de posito füglich auf

33) Commentar. ad Pand. h. t. §. 6.

auf die Strafe der zehn aureorum klagen. Allein der Ausdruck: *non Jufficit actio* wird in den Gesetzen nicht in der Bedeutung genommen, welche Voet ihm beylegt, sondern heißt soviel, als non competit, non suppetit, deficit actio, wie Brissonius [34]) aus vielen Stellen des römischen Gesetzbuches [35]) erwiesen hat.

§. 711.

Heutiger Gebrauch der erklärten Rechtsmittel.

Soviel den heutigen Gebrauch dieser Rechtsmittel anbetrifft, so ist zwar,

I. die *actio in factum de deiectis et effusis* noch heut zu Tage darin eine überaus vortheilhafte Klage, daß der Beschädigte mittelst derselben geradezu den Bewohner des Hauses belangen kann, ohne daß er zu beweisen braucht, daß diesem eine Culpa dabey zur Last falle [36]). Allein nicht einerley Meinung sind unsere Practiker darüber, ob diese Klage noch heut zu Tage auf das Doppelte gehe. Die Tübingischen Rechtsgelehrten [37]), denen unter den neuern

34) De Verbor. Significat. voc. *Sufficere.* nr. 5. pag. 1288.

35) *L.* 22. *D. Commodati. L.* 45. *D. Locati. L.* 29. *D. Communi divid. L.* 43. *D. de actionib. emti venditi.*

36) S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 2. und WERNHER in lectissim. Commentat. in Pandect. P. I. h. t. §. 3. macht die sehr gründliche Bemerkung: *Non auditur hic inhabitator, licet probare velit, se omnem diligentiam in recipiendis hominibus adhibuisse, unde quoque tenetur, licet alius in aedes se proripuerit, et aliquid deiecerit.*

37) Consil. Tubingens. T. VI. Consil. 19.

neuern auch Hofacker[38]) beystimmt, wollen den heutigen Gebrauch des doppelten Ersatzes bezeugen. Brunnemann[39]) und Stryk[40]) führen zur Bestärkung desselben noch insonderheit den Grund an, daß wenn sich auch heut zu Tage der Kläger gewöhnlich mit dem einfachen Schadensersatz begnüge, dieses doch einem andern Kläger nicht im Wege stehen könne, dasjenige zu fordern, was ihm die einmal in Deutschland aufgenommenen Gesetze des Römischen Rechts zuerkennen. Allein die meisten practischen Rechtsgelehrten[41]) vereinigen sich dennoch darin, daß die actio in factum de effusis et deiectis nach der heutigen Praxis nicht mehr auf den doppelten, sondern nur auf den einfachen Schadensersatz gehe.

II. Die actio popularis in factum, welche das Römische Recht in dem Falle, da ein freyer Mensch durch das Herunterwerfen einer Sache getödet worden ist, auf 50 aureos giebt, fällt heutigen Tages ganz weg. Statt dessen wird jetzt nach Beschaffenheit der Umstände eine willkührliche öffentliche Strafe erkannt[42]).

III. Ist

38) Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. III. §. 4044. not. i.

39) Comm. ad L. 1. D. h. t. nr. 5.

40) Us. mod. Pand. h. t. §. 2.

41) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. in fin. SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercit. XIX. §. 80. STRUV Syntagm. iur. civ. Tom. I. Exerc. XIV. Th. 41. MÜLLER ad *Struvium* c. l. not. α. pag. 883. TITIUS iur. privat. Rom. Germ. Lib. V. cap. V. §. 18. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Q. 5. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. XI. §. 16.

42) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 3. TITIUS cit. loc. §. 19. BOEHMER cit. loc. §. 17. Höpfner Commentar über die Institutionen §. 1086.

III. Ist Jemand dadurch blos verwundet worden, so klagt jetzt blos der Beschädigte auf Schadenersatz [43]), nämlich auf Erstattung der Cur- und Heilungskosten, desgleichen auf Entschädigung wegen der Versäumniß in seinen Geschäften während der Cur [44]). Daß heut zu Tage auch auf Schmerzengeld, nicht minder auf Entschädigung wegen erlittener Verunstaltung geklagt werden könne, sofern dadurch das künftige Fortkommen des Beschädigten erschwert wird, ist schon oben (§. 706. S. 394.) bemerkt worden.

IV. Hat Jemand etwas auf eine gefährliche Art aufgestellt oder ausgehängt, wo es leicht herunterfallen, und schaden kann; so findet heut zu Tage die *actio in factum de posito vel suspenso* nicht mehr Statt, sondern jeder kann es der Policey-Obrigkeit anzeigen, ohne daß es deshalb einer besondern Klage bedarf [45]). Der Antrag kann aber nur auf Entfernung der Gefahr gemacht werden, nicht auf eine Strafe von 10 Ducaten, welche jetzt wegfällt [46]). Die Obrigkeit untersucht alsdann die Gefahr. Kann nun der Denunciat das Aufgestellte oder Aufgehangene entrathen, so erläßt sie den Befehl, es bey Strafe wegzunehmen, oder es geschieht auch von der Policey selbst [47]).

Kann

43) BOEHMER Doctr. de actionib. c. l. §. 17.

44) *L. ult. D. h. t.*

45) TITIUS in iure priv. Rom. Germ. Lib. V. cap. V. §. 21. BOEHMER Doctr. cit. §. 18.

46) S. Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 1308. und HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4045. in fin.

47) WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 8. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 5. Th. §. 1308.

Kann aber der Denunciat das Ausgehängte nicht wohl entrathen, es ist z. B. ein Schild seiner Profession; so wird ihm bey Strafe anbefohlen, es besser zu befestigen. Endlich

V. wenn durch das Herunterfallen desjenigen, was auf eine gefährliche Art war aufgestellt oder ausgehängt worden, ein Schade geschehen ist; so kann deshalb blos auf Ersatz geklagt werden, und zwar gegen den Urheber mit der actio Legis Aquiliae, gegen den Bewohner des Hauses aber mit der actio de deiectis utili[48]).

48) MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 451. in fin. WERNHER lectiss. Commentat. ad Pand. h. t. §. 8.

Lib. IX. Tit. IV.

De noxalibus actionibus.

§. 712.

Begriff und Natur der Noxalklagen.

Ein Schaden konnte endlich auch durch die widerrechtliche Handlung eines fremden Sklavens angerichtet werden. Ein solcher Schade wird *noxa* oder *noxia*[49]) genennt, und die Klage, welche deshalb wider den Herrn desselben angestellt werden konnte, daß er den Schaden ersetze, wofern er nicht etwa, welches ihm in diesem Falle erlaubt war, dem Beschädigten den Sklaven statt des Ersatzes überlassen wollte, heißt *actio noxalis*[50]). Sie setzte ein begangenes Privatdelict voraus, das ist ein solches, weshalb auf eine Privatstrafe geklagt werden konnte, die blos dem Kläger zum Vortheil gereichte. Justinian[51]) gedenkt ausdrücklich nur des furti, des damni iniuriae ex Lege Aquilia, der iniuriarum und der vis bonorum raptorum. Ja er sagt geradezu[52]): *Noxia* est ipsum maleficium,

49) Noch mehrere Bedeutungen dieses Worts sind oben vorgekommen §. 692. nr. IV. S. 284. f.

50) *L. 1. D. h. t.*

51) *§. 4. I. de noxal. actionib.*

52) *§. 1. I. eodem.*

leficium, veluti furtum, damnum, rapina, injuria. Hatte ein Sklave ein öffentliches Verbrechen begangen, so konnte deswegen der Herr nicht belangt werden, insofern er dabey auſſer aller Schuld war; sondern der Sklave haftete deshalb selbſt, so daß er mit der gebührenden Strafe belegt werden konnte[53]). Eben dies hatte in dem Falle Statt, wenn das, was einem Sklaven zur Laſt gelegt wurde, ein bloßes Quaſidelict war[54]). Ihrer Natur nach waren übrigens die Noxalklagen nichts anders, als *qualitates adjectitiae directarum actionum*, d. i. ein Beyſatz, der dem Namen derjenigen Klage, welche aus dem begangenen Privatdelict entſtand, beygefügt wurde, um den Grund auszudrücken, warum deshalb der Herr in Anſpruch genommen werden konnte[55]). Sie waren daher theils civiles, theils praetoriae, je nachdem die Hauptklage aus dem civil- oder prätoriſchen Rechte entſtanden war[56]). Noxalklagen wurden ferner gegen den angeſtellt, welcher zu der Zeit Herr des Sklavens war, da die Klage angeſtellet wurde, wenn er es auch damals noch nicht war, als der Sklave durch das begangene Delict den Schaden anrichtete. Denn es tritt hier die Regel ein: *noxa caput ſequitur*[57]). Daher gehören die Noxalklagen zu den actionibus

53) *L. 4. C. h. t. L. 2. C. de accuſat. L. 12. §. 3. et 4. D. eodem.* S. HEINECCII Elem. iuris civ. ſec. ord. Inſtitut. a *Hoepfnero* emend. §. 1162.

54) *L. 1. §. 8. D. de his, qui effuderint vel dejec.* Man ſehe auch VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 3.

55) S. VOET c. l. §. 4.

56) §. 4. *I. h. t.*

57) §. 5. *I. eodem.*

nibus in rem ſcriptis [58]). Hatte jedoch der Herr den Sklaven doloſe zu beſitzen aufgehört, um die Anſprüche des Klägers zu vereiteln, oder deren Ausführung zu erſchweren, ſo hatte der Kläger die Wahl, ob er den vorigen Beſitzer, der ſeines doli halber immer noch als Beſitzer behandelt werden konnte, oder den neuen Herrn des Sklavens belangen wollte [59]). Das Geſuch bey dieſen Klagen gieng zwar auf Schadenserſatz, doch konnte ſich der Beklagte durch Ueberlaſſung des Sklavens (noxae deditio) davon frey machen [60]). Nam erat iniquum, ſagt Juſtinian [61]), nequitiam eorum ultra ipſorum corpora dominis dam noſam eſſe. Dieſe Wahl fiel jedoch alsdann weg, wenn der Beklagte dolo malo den Sklaven zu beſitzen aufgehört [62]), oder argliſtig geläugnet hatte, daß er den Sklaven beſitze [63]), oder wenn der Sklave nach der Litisconteſtation von einem Andern war ums Leben gebracht worden, und der Beklagte ſich weigerte, dem Kläger gegen den Todſchläger

58) Auch gegen den bonae fidei poſſeſſorem hatte die Noxalklage mit der Wirkung Statt, daß wenn nachher der wahre Eigenthümer den Sklaven vindiciren wollte, ihm die exceptio doli entgegen geſetzt werden konnte, wenn jener gleich eigentlich durch die noxae deditio das Eigenthum auf den Kläger nicht übertragen konnte. *L. 11. D. h. t. L. 28. D. eodem.* CUJACIUS ad *Africanum* Tract. VI. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 6. *de* COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 1.

59) *L. 24. 25. et 26. D. h. t.* VOET in Comm. h. t. §. 4.

60) *L. 1. D. h. t.* VOET h. t. §. 6.

61) §. 2. *I. h. t.*

62) §. 5. *I. eod.*

63) *L. 21. §. 2. D. h. t. L. 22. §. ult. D. eod.*

schläger die Klage zu cediren [64]); oder endlich, wenn der Herr an dem Delict des Sklavens Antheil genommen hatte, so daß ihm dabey ein dolus oder eine culpa zur Last fiel [65]). Zuweilen hörte alle Verbindlichkeit des Herrn auf, nämlich wenn er den Sklaven bona fide veräußert hatte [66]), oder der Sklave vor der Litiscontestation starb [67]).

Nach dem ältern Römischen Rechte hatten auch aus den Privatdelicten der Kinder Noxalklagen gegen den Vater Statt, in dessen Gewalt sich dieselben noch befanden. Der Vater konnte daher die Kinder eben so gut noxae dare, als die Sklaven [68]). Allein das neuere Römische Recht hat die noxae datio der Kinder aufgehoben [69]). Hat demnach ein filiusfamilias ein Privatdelict begangen, und dadurch einem Andern Schaden gethan, so ist nach dem neuern römischen Rechte ein Unterschied zu machen, ob er ein Peculium hat, oder nicht. Im ersten Falle kommt es auf die Qualität des Peculiums an. Das Peculium ist nämlich entweder ein solches, worüber dem Sohne die freye Verwaltung zusteht, oder es ist von der Art nicht. In dem ersten Falle muß mit der aus dem Delict entspringenden Klage gegen den filiusfamilias selbst geklagt werden, und er

64) *L. 1. §. 16. D. Si quadrupes.*

65) *L. 2. L. 3. L. 4. D. h. t. L. 4. Cod. eodem.* S. VOET Comm. h. t. §. 7.

66) *L. 38. §. 1. D. h. t.*

67) VOET h. t. §. 8.

68) *L. 5. §. 5. D. de obligat. et act. L. 33. 34. et 35. D. h. t.* S. *Pet.* PITHOEUS in Tit. 2. *Collationis Legg. Mosaic. et Rom.* §. 3.

69) *§. ult. I. h. t.*

er muß den Schaden aus seinem Vermögen ersetzen, oder nach Beschaffenheit der Klage das Strafgeld bezahlen [70]). In dem letzten Falle hingegen ist zwar auch gegen den filiusfamilias zu klagen, allein wenn derselbe condemnirt worden ist, so wird die actio iudicati gegen den Vater angestellt, daß er aus dem peculio, so weit es zureicht, den Kläger befriedige [71]). Der Vater kann also die Ersetzung des Schadens nicht verweigern, wenn ihm gleich dadurch der Nießbrauch vermindert wird. Hat hingegen der filiusfam. kein eigenes Vermögen, so kann ihn zwar der Richter condemniren, allein die Execution muß so lange ausgesetzt werden, bis der Sohn zu einem eigenen Vermögen gelangt [72]). Ist blos von einer Geldstrafe die Rede, so kann er auch nach der Regel, qui non habet in aere, luat in corpore, mit einer körperlichen Strafe belegt werden [73]).

§. 713.

Heutiger Gebrauch der Noxalklagen.

Die römischen Noxalklagen lassen sich auf unser heutiges Gesinde eben so wenig, als auf die deutschen Leibeigenen anwenden [74]). Wenn solche Personen durch eine

70) *L. 4. §. 1. L. 18. §. fin. D. de castr. pecul.*

71) *L. 3. §. 11. D. de pecul. L. 33. 34. et 35. D. de noxal. act. de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XV. Tit. 1. Qu. 18.

72) S. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 1166. und Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 5. B. §. 1216. not. p. S. 75.

73) *Arg. L. ult. D. de in ius voc.*

74) *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4012. Nr. IV.

unerlaubte Handlung Schaden anrichten, so muß man sie selbst belangen, gegen die Dienst- oder Leibherrschaft findet in der Regel keine Klage Statt [75]), ausgenommen,

1) wenn sie selbst die Veranlassung dazu gegeben [76]), oder

2) die jedem Hausvater obliegende Aufsicht über das Gesinde vernachläßiget [77]), und

3) wenn sie schlechtes oder gefährliches Gesinde wissentlich in Dienst genommen, oder darin behalten hat [78]).

Daß übrigens die Obrigkeit befugt sey, auf den Lohn eines Dienstboten, welcher zum Schadensersatz condemnirt worden, Arrest zu legen, ist ausser Zweifel [79].

75) S. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. II. Specim. CXIII. medit. 1.

76) STRUV Exercit. XIV. Th. 47.

77) *L. 27. §. 9. D. ad Leg. Aquil.*

78) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5. Strubens rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 179.

79) WERNHER select. Observation. for. Tom. II. P. VII. Obs. 60.

Lib. X. Tit. I.

Finium regundorum.

§. 714.

Begriff und Arten der Theilungsklagen.

Wir kommen nun auf diejenigen Klagen, welche auf die Theilung einer bisher gemeinschaftlich gewesenen Sache gehen. Diese werden *iudicia diviſoria*, Theilungsklagen genennt. Da diese Klagen die Aufhebung einer Gemeinschaft, und die Auseinandersetzung der Interessenten zum Zweck haben, so sind hier zuvörderst die allgemeinen Begriffe von *communio* zu erklären.

Eine Gemeinschaft (*communio*) ist vorhanden, wenn mehreren Personen zusammen das Miteigenthum, oder ein anderes dingliches Recht an einer Sache nach allen seinen Bestandtheilen gemeinschaftlich zusteht. Eine solche Gemeinschaft entsteht nun entweder durch Vertrag, und dann wird sie eine Societät genennt; oder sie entsteht ohne einen vorhergegangenen Vertrag, und diese wird *communio incidens* [80]) genennt. Die Gesetze sagen: *communio, quae citra conſenſum ex re ipſa naſcitur* [81]); *communio,*

80) *Io. Frid.* KAYSER Diſſ. de communione incidente. *Gieſſae* 1719.

81) *L. 25. §. 16. D. Famil. erciſc.*

munio, in quam incidimus [82]); sie wird auch *communio neceſſaria, fortuita* und *involuntaria* [83]) genennt.

Eine ſolche communio incidens kann auf verſchiedene Art entſtehen.

1) Aus einem Teſtament, wenn nämlich mehreren zuſammen eine Erbſchaft hinterlaſſen, oder eine einzelne Sache im Teſtament vermacht worden iſt.

2 Aus unmittelbarer Verordnung der Geſetze, wenn das Geſetz mehrere Perſonen zu einer Erbſchaft ruft, oder das Eigenthum einer Sache mehreren Perſonen nach den Geſetzen zufällt.

3) Durch Schenkung [84]).

4) Durch eine Commixtion oder Confuſion ſolcher Sachen, die ſich nicht mehr von einander unterſcheiden laſſen [85]).

5) Durch Zufall. Z. B. wenn durch Ueberſchwemmung die Gränzen zweyer neben einander liegender Feldgüter in Verwirrung gerathen ſind.

Die Communion, welche bey den Theilungsklagen zum Grunde geſetzt wird, muß immer durch einen gerechten Titel entſtanden ſeyn. Daher ſteht keiner Räuberbande, wegen der Theilung des Raubes, eine Theilungsklage zu [86]).

In

82) *L. 31. D. pro Socio.*

83) CUJACIUS Lib. X. Obſervat. cap. 25.

84) *L. 31. D. Pro Socio.*

85) *L. 5. pr. D. de Rei Vindic. §. 27. et 28. I. de Rer. diviſ.*

86) *L. 7. §. 4. et 5. D. communi divid.*

In der Gemeinschaft kann man sich nun befinden; entweder

1) in Rücksicht der Sache selbst, die den Gegenstand der Gemeinschaft ausmacht, und dann ist dieser Gegenstand entweder

a) eine gemeinschaftliche Erbschaft, oder

b) eine einzelne gemeinschaftliche Sache. Oder es ist

2) eine Gemeinschaft blos in Ansehung der Gränzen zweyer aneinander liegender Feldgüter vorhanden, welche in Verwirrung gerathen sind.

Es giebt also drey Theilungsklagen, *iudicium finium regundorum*, *familiae erciscundae* und *communi dividundo* [87]).

Sie

87) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. et Interpretum iuris P. IV. Decad. XCIV. Err. 5. will zwar das iudicium finium regundorum nicht als ein iudicium divisorium gelten lassen, sondern erkennt nur die beyden übrigen für ächte Theilungsklagen. Allein die Grenzscheidungsklage geht doch unläugbar darauf, u. finium confusio tollatur. Daß aber durch Confusion eine Gemeinschaft entstehe, sagt Justinian ausdrücklich §. 27. *et* §. *I de rer. divis.* Uebrigens mag THEOPHILUS für mich das Wort reden, welcher in *Paraphrasi graec. Institut.* Lib. IV. Tit. 6. §. 20. sagt: Ἐν δὲ τούτοις τοῖς τρισὶ δικαστηρίοις ἐπιτέτραπται τῷ δικαστῇ, ἑνὶ τῶν δικαζομένων, καθὸ δίκαιον καὶ κάλλιστον αὐτῷ φανῇ, προσκυρεῖν τὸ κοινὸν πρᾶγμα, καὶ τῷ ἑτέρῳ ἕτερον ἀδιαδικατέυειν, οἷον καὶ τούτῳ ἑ νομισμάτων ἄξιον, κἀκείνῳ ἑ νομισμάτων ἄξιον. i. e. *In his autem tribus iudiciis permissum est iudici, prout iustum atque optimum ei videatur, rem communem uni litigantium addicere, atque alteri alteram adjudicare: veluti et huic C. solidis dignam et illi C. solidis dignam. Ideo enim haec iudicia constituuntur, ut communio cesset, et nascens inde discordia.*

Sie setzen sämmtlich eine solche Gemeinschaft voraus, die aus einem dinglichen Rechte entstanden ist [88]). Haben daher mehrere zusammen ein blos persönliches Recht an einer Sache; z. B. sie haben eine Sache gemeinschaftlich gepachtet, so entsteht daraus keine solche communio, welche ein iudicium divisorium begründen könnte [89]).

§. 715.

Natur der Theilungsklagen. *1) iudicia mixta.*

Soviel die Natur der Theilungsklagen anbetrift, so haben sie das Eigene,

1) daß sie vermischte Klagen (actiones mixtae) sind. Nicht nur Justinian sagt dieses ausdrücklich §. 20. *I. de actionib.* wo es heißt:

Quaedam actiones *mixtam causam obtinere videntur*, tam *in rem*, quam *in personam*, qualis est *familiae erciscundae actio*, item *communi dividundo*, item *finium regundorum*;

sondern eben dies hat auch Theophilus in seiner griechischen Paraphrase über diesen Text [90]) noch deutlicher gezeigt, wenn er sagt:

Εἰσί

88) *L. 4. §. 9. D. h. t. L. 7. §. 6 — 10. D. Communi divid. L. 13. §. 3. D. de Usufr.*

89) *L. 7. §. 11. D. communi divid.* — Neque *colonis*, neque eis, qui depositum susceperunt, hoc iudicium competit, quamvis naturaliter possideant.

90) *Paraphr. graec.* Lib. IV. Tit. 6. §. 20. Tom. II. pag. 809. der Reitzischen Ausgabe.

Εἰσί τινες ἀγωγαὶ, αἱ τινες καὶ τῆς in rem καὶ τῆς personalis τὴν φύσιν ἔχουσιν ἐν ἑαυταῖς. Τοιοῦτόν ἐστι τὸ familiae erciscundae, ὅπερ ἁρμόζει μεταξὺ τῶν συγκληρονόμων ἕνεκα τῆς διαιρέσεως τῶν κληρονομαίων πραγμάτων. Ἔχει γὰρ καὶ τῆς in rem τὸ ἰδίωμα, καθὸ περὶ πραγμάτων κινεῖται, (ἕκαστος γὰρ συγκληρονόμος ἐν μέρει δεσπότης ἐστιν·) ἔχει δὲ καὶ περσοναλίας ἀποτελέσματα. ἐξετάζεται γὰρ ἐπ' αὐτοῦ, καὶ κατάγεται εἰς καταδίκην κεφάλαια, ἅτινα personalis, οὐ μὴν τῆς in rem ἐστὶν οἰκεῖα· ὡς ἐν τοῖς de iudiciis σὺν Θεῷ μαθησόμεθα. i. e. *Sunt quaedam actiones, quae et actionis in rem et actionis personalis naturam in se habent. Tale est familiae erciscundae iudicium, quod inter coheredes competit de divisione rerum hereditariarum. Habet enim et in rem actionis proprietatem, quatenus de rebus instituitur: (namque omnis coheres ex parte dominus est:) et vero habet actionis personalis effecta; in hoc enim iudicio exquiruntur, et in condemnationem veniunt capita, quae actionis personalis, non autem realis propria: sicuti infra de iudiciis favente Deo discemus.*

Man streitet jedoch darüber, in welcher Rücksicht sie als gemischte Klagen anzusehen sind? Daß sie

a) in Rücksicht des Objects actiones mixtae sind, ist keinem Zweifel unterworfen. Denn sie gehen theils auf Theilung einer gemeinschaftlichen Sache, theils auf persönliche Leistungen, welche die Verwaltung gemeinschaftlicher Sachen mit sich bringt, z. B. Ablegung der Rechnung, Restitution der Früchte, Ersatz der gehabten Unkosten, oder der von dem Gegentheile verursachten Schäden, und Leistung des Interesse. Daher heißt es *L. 22. §. 4. D. fam. ercisc.*

Fami-

Familiae erciſcundae iudicium ex duobus conſtat, id eſt *rebus*, atque *praeſtationibus*, quae ſunt perſonales actiones. Und *L.* 4. §. 3. *D. Communi divid.* ſagt:

Sicut autem *ipſius rei diviſio* venit in communi dividundo iudicio, *ita etiam praeſtationes veniunt*: et ideo, ſi quis impenſas fecerit, conſequetur.

Allein daß die Theilungsklagen auch

b) in Anſehung ihres Grundes gemiſchte Klagen ſind, läugnen viele [91]), und halten ſie für blos perſönliche Klagen. Nun iſt zwar dennoch auſſer Zweifel, daß dieſe Klagen ein dingliches Recht an der gemeinſchaftlichen Sache zum Grunde ſetzen, auf deren Theilung geklagt wird [92]). Da indeſſen das dingliche Recht der Mitintereſſenten bey dieſen Klagen nicht in Streit gezogen werden darf, ſondern vielmehr als wahr und ſchon erwieſen vorausgeſetzt wird, und auſſerdem durch andere Rechtsmittel erſt berichtiget werden muß; mithin durch dieſe Klagen nur zunächſt ein Recht gegen beſtimmte Mitintereſſenten in Abſicht auf die Auseinanderſetzung mit ihnen wegen der zu theilenden gemeinſchaftlichen Sache, und alſo ein ius

91) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XCIV. Err. 3. et 4. *Arn.* VINNIUS in Commentar. ad §. 1. I. de actionib. nr. 6. *Amad.* ECKOLT in Compendiar. Pandect. Tract. h. t. §. 2. in Nota. und beſonders Hübner in den Berichtigungen und Zuſätzen zu den Inſtitutionen des Römiſchen Rechts, S. 122. ff.

92) S. beſonders VOET in Comm. h. t. §. 4. *Ger.* NOODT in Commentar. ad Pand. h. t. pag. 236. *Ev.* OTTO in Comm. ad §. 20. I. de actionib. und *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1.

ius in personam verfolgt wird; so läßt sich daraus erklären, warum diese Klagen mehr zu den persönlichen als dinglichen gezählet werden. Daher leitet Justinian diese Klagen ausdrücklich aus einer obligatio quasi ex contractu her, wenn er § 3 et 4. *I. de obligat. quae quasi ex contr. nasc.* sagt:

Item si inter aliquos communis res sit sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideo teneatur *communi dividundo iudicio*, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius eius solus in eam rem necessarias impensas fecerit: non intelligitur ex contractu proprie obligatus esse: quippe nihil inter se contraxerunt: sed quia ex maleficio non tenetur, *quasi ex contractu teneri videtur.* Idem iuris est de eo, qui coheredi *familiae erciscundae iudicio* ex his causis obligatus est.

Hierauf bezieht sich ferner, wenn Paulus *L.* 1. *D. h. t.* sagt:

Finium regundorum actio *in personam* est, licet pro vindicatione rei est.

Und in eben dieser Rücksicht rechnet Justinian in der *L.* 1. *C. de annali except.* die Theilungsklagen zu den persönlichen Klagen.

Zuweilen kann die Klage blos auf persönliche Forderungen gehen, wenn die gemeinschaftliche Sache schon getheilt ist, oder nicht mehr existirt. Dann ist sie aber eine actio utilis[93]).

§. 716.

93) *L. 6. §. 1. D. Communi divid. L. 11. D. eodem. L. 24. pr. D. Famil. erciscund.* S. Westphal System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 674.

§. 716.

Theilungsklagen sind 2) *iudicia duplicia.*

Die Theilungsklagen haben 2) auch die besondere Eigenschaft, daß sie *iudicia duplicia* sind. Man nennt *iudicium duplex* eine solche Klage, wodurch ein Recht verfolgt wird, was jeder der streitenden Theile wechselseitig wider den andern geltend machen kann[94]). Ulpian sagt *L.* 37. §. 1. *D. de obligat. et actionib.*

Mixtae sunt *actiones*, in quibus uterque actor est: utputa finium regundorum, familiae erciscundae, communi dividundo.

Noch bestimmter drückt sich hierüber Julian aus, wenn er *L.* 10. *D. h. t.* sagt:

Iudicium communi dividundo, familiae erciscundae, finium regundorum tale est, *ut in eo singulae personae duplex ius habeant: agentis et eius, quo cum agitur.*

Bey diesen Klagen kann also jeder Mitinteressent als Kläger auftreten, so wie sichs im Gegentheil auch der Kläger wegen des dem Beklagten an der gemeinschaftlichen Sache zustehenden gleichen Rechts gefallen lassen muß, Beklagter zu seyn. In der Hauptsache wird jedoch eigentlich diejenige Parthey als der Kläger angesehen, welche zuerst in den Gerichten erscheint, und auf Theilung klagt. Sollte sich's etwa fügen, daß beyde Interessenten zugleich auf die Theilung geklagt hätten, so muß durchs Loos entschieden

94) S. *Sim. Pet.* GASSER Diss. de iudicio duplici eiusque genuino conceptu. *Halae 1736.* und Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 29.

schieden werden, wer Kläger und wer der Beklagte seyn soll. Cajus und Ulpian haben dieses alles deutlich bestimmt. Jener sagt nämlich *L.* 13. *D. de iudic.*

In tribus istis iudiciis (familiae erciscundae, communi dividundo, et finium regundorum) quaeritur, quis actor intelligatur, *quia par causa omnium videtur?* Sed magis placuit, eum videri actorem, *qui ad iudicium provocasset*[95]). Dieser fügt *L.* 14. *D. eodem* noch hinzu:

Sed cum ambo ad iudicium provocant, *sorte res discerni solet.*

Es kann aber auch der Beklagte dadurch zugleich Kläger werden, daß er die wegen der gehabten Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache verwendeten Unkosten und gethanen Auslagen wiederfordert. Daher sagt *L.* 2. §. 3. *D. Famil. erciſc.*

In familiae erciscundae iudicio unusquisque heredum *et rei et actoris partes sustinet.*

Bey einer vorhandenen Gemeinschaft ist es nun jedem Interessenten erlaubt, auf Theilung zu dringen, dem es nicht länger ansteht, in der Communion zu verbleiben. Denn die Gesetze betrachten die Gemeinschaft als eine beständige Quelle von Streitigkeiten[96]), und um diese zu vermeiden, soll Niemand in einer vorhandenen Gemeinschaft zu bleiben, wider seinen Willen genöthiget werden[97]). Hieraus ergeben sich folgende Wahrheiten.

1) Es

95) Dieselbige Stelle kommt nochmals *L.* 2. §. 1. *D. Communi divid.* vor.

96) *L.* 77. §. 20. *D. de Legat. II.*

97) *L.* 5. *C. Communi divid.*

1) Es muß sich jeder auch wider seinen Willen die Theilung gefallen lassen, der zur Theilung aufgefordert wird [98]; wenn er auch gleich noch minderjährig seyn sollte, und es wird in diesem Falle nicht einmal die Zustimmung der Obrigkeit erfordert. Denn die Theilung wird als eine nothwendige Veräußerung angesehen [99].

2) Es kann auch durch Vertrag nicht festgesetzt werden, daß die Theilung nie geschehen solle [100]; vielmehr erklären die Gesetze einen solchen Vertrag, daß eine Gemeinschaft ewig dauern solle, für unverbindlich [1]; und wenn auch der Vertrag durch einen Eid bekräftiget worden wäre, so würde auch der Eid die Interessenten nicht hindern, die Gemeinschaft aufzuheben, und auf Theilung zu dringen [2]. Denn der Eid richtet sich immer nach der Natur des Hauptgeschäfts, und ist unter denselben Bedingungen zu verstehen. Dahingegen ist der Vertrag, daß eine Gemeinschaft zum Zweck eines gewissen Geschäfts binnen einer bestimmten Zeit nicht aufgehoben werden solle, gültig [3], und selbst für die Erben verbindlich [4].

Endlich

98) *L. 43. D. Fam. ercisc.*

99) *L. 2. C. de fundo dot. L. 17. Cod. de praed. et aliis reb. minor.* VOET Comment. ad Pand. Lib. X. Tit. 2. §. 15.

100) *L. 14. §. 2. D. Communi divid.* Si conveniat, *ne omnino divisio fiat*, huiusmodi pactum nullas vires habere, manifestissimum est.

1) *L. 70. D. Pro Socio.* Nulla societatis in aeternum coitio est.

2) BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Diss. XIX. Th. 14. Lit. I. *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. I. Consil. XXII. nr. 6. P. 303.

3) *L. 14. §. 2. D. Communi divid. L. 14. D. Pro Socio.*

4) LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. III. Specim. CLXXXVI. medit. 1.

Endlich kann auch

3) der Klage auf die Aufhebung einer noch wirklich vorhandenen Gemeinschaft keine Verjährung entgegengesetzt werden, wenn auch der gemeinschaftliche Besitz noch so lange gedauert haben sollte[5]). Denn

a) ist das Recht, bey einer vorhandenen Gemeinschaft auf Theilung zu dringen, für eine Sache der freyen Willkühr zu halten, welches auch dann nicht einmal durch Verjährung verlohren geht, wenn auch der andere dem von dem einen gemachten Antrage auf Theilung widersprochen, und letzter sich binnen einem sonst zur Verjährung genügenden Zeitraume dabey beruhiget hätte, ohne seinen Antrag weiter zu verfolgen, und durchzusetzen[6]), weil

b) auch die längste Zeit nicht die Ursache aufzuheben vermag, warum die Gesetze Niemanden wider seinen Willen in der Gemeinschaft zu bleiben gezwungen wissen wollen, und dann

c) eine Entsagung des Rechts da nie angenommen werden kann, wo nicht einmal der ausdrückliche Vertrag, daß eine Gemeinschaft nie aufgehoben werden solle, von rechtlicher Wirkung ist.

Nun

5) S. *Pet. de* TOULLIEU Collectan. iuris civ. Dissertat. IV. Cap. 8. *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 34. und besonders *Bruno* CASTENDYK Diss. de eo, quod iustum est circa praescriptionem in iudiciis divisoriis. *Goettingae 1792.*

6) Anderer Meinung sind zwar BERLICH P. II. Conclus. III. nr. 8. sqq. und *Fratr.* BECMANNI in Consil. et Decisionib. Part. I. Consil. XXII. nr. 9. Allein man sehe dagegen CASTENDYK cit. Diss. Sect. II. §. 9.

Nun scheint zwar dieser Behauptung die *L.* 1. *Cod. de annali except.* entgegen zu stehen, wo Justinian sagt:

Nemo itaque audeat, *actionis familiae erciscundae*, neque *communi dividundo*, neque *finium regundorum*, neque alterius cuiuscunque actionis personalis *vitam longiorem triginta annis interpretari*;

allein man unterscheide folgende Fälle. Es wird entweder

1) bloß auf persönliche Leistungen in Ansehung der gemeinschaftlichen Sache geklagt, und dann geschieht es entweder

a) nachdem schon die Gemeinschaft unter den Partheyen aufgehoben war. Hier hat es keinen Zweifel, daß die deswegen statthabende actio divisoria utilis durch eine Präscription von dreyßig Jahren erlösche, welche nach *L.* 1. §. 1. *C. de ann. except.* von der Zeit ihren Lauf anfängt, da die Klage begründet war, das heißt, da die Verbindlichkeit zur Erfüllung der persönlichen Leistungen entstand [7]).

b) Die Gemeinschaft war zur Zeit der erhobenen Klage noch vorhanden. Auch hier findet in Ansehung der persönlichen Prästationen eine Extinctivverjährung statt, weil die Verbindlichkeit, wodurch diese Prästationen begründet worden sind, nicht als eine bloß accessorische anzusehen, sondern eben so wohl eine für sich bestehende obligatio ist, als die auf die Theilung der gemeinschaftlichen Sache gehende Hauptverbindlichkeit. Nur in Ansehung der Erbthei-

7) S. CASTENDYK cit. Diss. §. 7. Man sehe auch Schmidts theoret. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 4. Bd. §. 1148. S. 422.

theilungsklage leidet diese Regel eine Ausnahme, wovon der Grund darin liegt, weil die Erbschaft eine universitas iuris ist, welche durch die Früchte eben so vermehrt, als durch die gehabten Unkosten vermindert wird. *Hereditas* enim, sagt **Ulpian** [8], *iuris nomen* est, quod et *acceſſionem* et *deceſſionem* in se recipit. Hier findet also keine Verjährung in Ansehung der persönlichen Prästationen statt, so lange die Gemeinschaft in Ansehung der Erbschaft fortdauernd bleibt [9]. Man mag daher auf Theilung der Erbschaft klagen, wenn man will, so muß jederzeit auf Vermehrung und Verminderung derselben Rücksicht genommen werden, weil beydes ipso iure einen Theil der Erbschaft ausmacht [10].

2) Es wird auf Theilung selbst geklagt. Hier ist wieder zu unterscheiden. Es hat entweder

a) einer der Theilhaber die sonst gemeinschaftliche Sache gegen die übrigen als ein ausschließendes privatives Eigenthum besessen, und als ein solches die Verjährungszeit hindurch behandelt. Hier kann, wie **Vinnius** [11] und **Voet** [12] mit Recht behaupten, auch selbst der Klage auf Theilung die Einrede der Verjährung mit vollkommener Wirkung entgegengesetzt werden. Von diesem Falle will man vorzüglich die oben angeführte *L.* 1. *C. de ann. ex-*

 cept.

8) *L. 178. §. 1. D. de Verb. Signific.*

9) S. TOULLIEU loc. cit. pag. 210.

10) *L. 9. ſqq. D. Famil. erciſc. L. 23. D. de adim. et transfer. legat. L. 70. §. 3. L. 71. L. 72. D. de legat. II.*

11) Select. iur. Quaeſt. Lib. I. c. 34.

12) Comm. ad Pand. Lib. X. Tit. 2. §. 33.

cept. verstehen [13]), obwohl sie eben so gut auch von den vorigen Fällen erklärt werden kann [14]). Daß jedoch nach den Grundsätzen des canonischen Rechts [15]) von Seiten des Beklagten eine bona fides erfordert werde, läßt sich wenigstens nach dem Gerichtsgebrauche nicht bezweifeln [16]).

b) Der auf Theilung belangte Beklagte hat während der Verjährungszeit die gemeinschaftliche Sache als Mittheilhaber, und folglich als eine gemeinschaftliche besessen. Hier findet aus den oben angeführten Gründen keine Verjährung der Theilungsklage Statt. Denn es würde zur offenbarsten Ungereimtheit führen, wenn man in dem Falle, da zwey Miteigenthümer dreyßig Jahre ruhig neben einander ihr Recht ausgeübt haben, eine Verjährung der Klage auf Theilung der gemeinschaftlichen Sache annehmen wollte [17]).

§. 717.

Begriff des *iudicii finium regundorum.*

Nachdem wir die Natur der Theilungsklagen im Allgemeinen kennen gelernt haben, so wollen wir sie nun auch einzeln

13) WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. II. Obs. 423. et Tom. II. P. X. Obs. 489. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 42. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3065. V. et §. 3069. III.

14) S. *Iac.* RAVE Doctr. de praescriptione §. 148. et 149.

15) *Cap. fin. X. de praescript.*

16) RAVE in Doctr. cit. §. 131. HOFACKER cit. loc. §. 3080. I.

17) S. Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 43. S. 123.

einzeln näher betrachten. Die erste ist die Gränzscheidungsklage, *iudicium finium regundorum* [18]).

Gränzen sind im Allgemeinen Bestimmungen, welche anzeigen, wie weit ein gewisser Gegenstand sich erstreckt. Im juristischen Sinne aber versteht man darunter gewisse Merkzeichen, wodurch Länder, Grundstücke und Gerechtsame von einander geschieden, und die Rechte des Besitzers derselben bestimmt werden [19]). Diese sind von so mancherley Art, als verschieden der Gegenstand ist, den sie bezeichnen. Es giebt daher Landes- Amts- Jagd- Forst- Gerichts- Feld- Flur- Weide- Fischereygrenzen u. s. w. [20]).

Sind nun die Gränzen anliegender Ländereyen, oder Grundstücke, oder anderer Gerechtsame in Verwirrung gerathen, (fines confusi) so kann jeder Nachbar oder Interessent wider den Andern auf die Berichtigung und Wiederherstellung derselben klagen. Diese Klage wird die Gränzscheidungsklage (*iudicium finium regundorum*) genennt. Ihr Ursprung ist aus den Gesetzen der zwölf Tafeln herzuleiten [21]). Nach der Verordnung derselben sollte nämlich

18) OETTINGER de iure et controversiis limitum et finibus regundis. BECK Tr. de iure limitum. *Norimb. 1723.* *Ant.* LOPEZ de iudicio finium regundorum. *Olyssip. 1654.* 4. *Ad. Frid.* REINHARD Diss. de finibus regundis. *Erfordiae 1781.* *Herm. Paul* ZIEGLER Diss. de finium regundorum iudicio. *Erfordiae 1771.* und *Iac. Frid.* BRACKENHOFFER Diss. de finium regundorum actione. *Argentorati 1784.*

19) S. *Christ. Car.* OTTO Diss. de finibus. *Erfordiae 1728.* und Hagemanns Handbuch des Landwirthschaftsrechts. §. 161.

20) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5 — 7. und HILDEBRAND Diss. de diversitate lapidum finalium eorumque iure.

21) S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Pand. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 233.

1) zwischen angränzenden Grundstücken ein Raum von fünf Fuß in der Breite gelassen werden, und dieses continium [22]) sollte keiner Verjährung unterworfen seyn [23]).

2) Wenn zwischen den Nachbaren wegen der Gränzen ihrer Grundstücke Streit entsteht, so solle der Magistrat zur Berichtigung derselben drey arbitros ernennen, welche den Streit beylegen sollten [24]).

Eben dieses bestätigte nochmals die *Lex Mamilia*, für deren Urheber einige [25]) den Tribun C. Mamilius, mit dem Beynamen *Limetanus*, halten, und sie ins Jahr der Erb. Roms 588 setzen; andere [26]) hingegen dem C. Mamilius Turrinus zueignen wollen, welcher im Jahr der E. R.

22) Dieser Gränzraum wird auch *iter limitare* genennt. VARRO de Lingua Lat. Lib. IV. S. HEINECCII Histor. iuris civ. Lib. I. cap. III. §. 101. in nota.

23) CICERO *de Legib. Lib. 1. cap. 21. L. ult. Cod. Theod. h. t.* Nach *Iac.* GOTHOFREDI Restitution in Fontib. quatuor iuris civ. lauteten die Worte des Decemviral-Gesetzes Tab. VIII. so: *Intra quinque pedes aeterna auctoritas esto.*

24) Nach CICERO *de Republica* Lib. IV. bey NONIUS cap. 5. voc. *Lis* et v. *Iurgium.* Nach Godefroi lautet das Gesetz so: *Si iurgant adfines, finibus regundis Praetor arbitros tris addicito.*

25) PIGHIUS Annal. Rom. ad A. 588. Tom. II. pag. 392. GRAVINA Origin. iuris civ. Lib. III. §. 67. *Ev.* OTTO in Praefat. ad Tom. I. *Thes. iuris Rom.* p. 24. BACH Histor. Iurisprud. Rom. Lib. II. Cap. II. Sect. I. §. 41. u. a. m.

26) *Car.* SAXE Disp. ad Legem Mamiliam finium regundorum. *Trajecti ad Rhenum 1779.* et rec. *Lipsiae 1782.* 4. Cap. 3.

E. R. 514. Consul war. Nur darin wurde durch dieses Gesetz die Verordnung der zwölf Tafeln abgeändert, daß zur Berichtigung der Gränzstreitigkeiten künftig nur ein Arbiter ernennt werden sollte [27]). Aus dieser Quelle ist nachher das Edict des Prätors geflossen, über welches die römischen Rechtsgelehrten in den Fragmenten dieses Titels commentirt haben, und welches Gerhard Noodt [28]) auf folgende Art restituirt hat:

Finium regundorum si agetur inter confines, arbitrum dabo, ut fines eius arbitratu regantur; item, si quid damni datum factumve erit, sive quid eo nomine alicui aberit, aut ad eum pervenerit, ut id praestetur.

Die actio finium regundorum hatte nun ursprünglich blos in dem Falle Statt, wenn über das iter limitare

27) SIMPLICIUS sagt bey GOESIUS in seinen Scriptoribus rei agrariae pag. 83. *Lex Mamilia fini latitudinem praescribebat. — Quini pedes latitudo dati sunt. An in tantum quisque? Videntur tamen his quinque pedum esse latitudinem ita, ut dupondium et semissem* (i. e. duo pedes et dimidium) *unaquaeque pars ad agri finem pertinere patiatur.* Ferner sagt AGGENUS URBICUS P. I. Commentarii in *Frontinum* de limitibus agrorum pag. 53. edit. GOESII. *De fine Lex Mamilia quinque aut sex pedum latitudinem praescribit:* (Die Worte *aut sex* sind jedoch, wie GOESIUS in Notis pag. 149. bemerkt hat, als ein unächter Zusatz, wegzustreichen;) *quoniam hanc latitudinem vel iter ad culturas accedentium occupat, vel circumactus aratri, quod usucapi non potest.* Daß nach der *Lex Mamilia* nur ein arbiter zur Beylegung der Gränzstreitigkeiten ernennt werden sollte, erhellet aus einer Stelle des Cicero *de LL. Lib. I. cap. 21.* Siehe auch CUJACII Observat. Lib. V. cap. 21. und SAXE cit. Diss. Cap. IV. pag. 18.

28) Commentar. ad Dig. h. t. init. pag. 233.

quinque pedum ein Streit unter den Gränznachbaren entstand [29]). Ein solcher Streit hieß *controversia finalis* [30]), oder auch *iurgium finale* [31]), und die Beylegung dieses Streits gehörte für den arbiter oder agri mensor [32]). Davon

29) S. HEINECCII Opuscula postuma ad Edictum perpet. Tit. 14. pag. 499. not. b.

30) *L. 3. Cod. Theod. h. t.*

31) Man unterschied zwischen *iurgium* und *lis*, wie Nonius lehrt. Ersteres nannte man eine concertatio inter propinquos et vicinos; hingegen *lis* eine dissensio inter inimicos. S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Fontibus quatuor iur. civ. pag. 133. edit. *Genev. 1953.*

32) Daß der *arbiter* und *mensor* oder *agrimensor* von einander nicht verschieden gewesen sind, erhellet theils aus einer Stelle des AGGENUS URBICUS, welcher in *Commentar. in* FRONTINUM *de limitibus agrorum* pag. 64. sagt: *In iudicando* autem *mensor* bonus vir et iustus: und bald nachher heißt es: Totum hoc iudicandi negotium hominem bonum, iustum, sobrium, castum, modestum et artificem egregium exigit. Theils gedenkt auch Ulpian *L. 8. pr. D. h. t.* ausdrücklich nur des *mensoris*, und wenn nachher *§. 1.* eben dieser römische Jurist sagt: *Ad officium de finibus cognoscentis pertinet, mensores mittere, et per eos dirimere ipsam finium quaestionem:* so beziehen sich unstreitig die ersten Worte auf den Prätor oder Präses, und es ist gewiß keine ungegründete Emendation, wenn NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 235. statt *mensores* lieber *mensorem*, und statt *per eos* vielmehr *per eum* gelesen wissen will. Wenigstens hat diese Conjectur die von Noodt nicht benutzte Auctorität der Basiliken für sich, in welchen Tom. VI. Lib. LVIII. Tit. 9. Const. 8. pag. 778. die *L. 8.* folgendermassen lautet: Ἐὰν ἐπίκλυσις ἀφανίσῃ ὅρους, διὰ τῶν ἄρχοντος φανερούνται, διδομένου μετρητοῦ. Τῷ γὰρ δικαστῇ ἐξὶ διδόναι μετρητήν.

i. e.

Davon war *controverſia de loco* unterſchieden, wenn über die Proprietät eines Theils des Grundſtücks ſelbſt geſtritten wurde[33]). Die Klage, welche deshalb Statt hatte, war die rei vindicatio, und die Entſcheidung eines ſolchen Streits gehörte für den Prätor. Es verdienen hier folgende Stellen einen Platz.

Julius Frontinus *de limitibus agrorum* pag. 39. et 40. nach der Ausgabe des Goes ſagt:

Materiae controverſiarum ſunt duae *finis* et *locus*. De rigore controverſia eſt finitimae conditionis, *quoties ſecundum Legem Mamiliam intra quinque pedes agitur*. De *fine* ſimilis eſt controverſia, nam et eadem Lege continetur, et de quinque pedum agitur latitudine. *De loco* controverſia eſt, *quidquid excedit ſupra ſcriptam latitudinem*.

Iſidorus *Lib. V. Origin. c.* 25. beſtärkt eben dies, wenn er ſagt:

Finium regundorum actio dicta, quod per eam regantur fines utrique, ne diſſipentur: dummodo non auguſtiore quinque pedum loco ea controverſia ſit.

Beſonders aber gehört hieher die Conſtitution des Kaiſers Conſtantin *L.* 3. *Cod. Theod. h. t.*

Si

i. e. *Si fines inundatio confuderit, per praefidem provinciae, menſore dato, demonſtrantur. Nam iudicis eſt, menſorem dare.* S. SAXE Diſſ. cit. ad L. Mamiliam Cap. IV. pag. 18. und *Anonymi* Exercitat. iuridico-antiquar. de agrimenſoribus Romanor. *Bremae 1771.* 8. §. 15. et 16.

33) S. *Iac.* GOTHOFREDI Commentar. ad L. 3. Cod. Theod. h. t. Tom. I. pag. 235. ſq. *edit. Ritter.*

Si *finalis controverſia* fuerit, tunc demum *arbiter* non negetur, *cum intra quinque pedes locum* (i. e. agrum), *de quo agitur*, *apud Praeſidem eſſe conſtiterit:* cum de maiori ſpatio *cauſa quaedam non finalis*, ſed *proprietatis* apud ipſum Praeſidem debeat terminari.

Viele Rechtsgelehrten [34]) behaupten, daß der Grundſatz des ältern Rechts, der Gränzraum müſſe fünf Fuß breit ſeyn, durch das neuere römiſche Recht ſey aufgehoben, und ſtatt deſſelben fines lineares wären eingeführt worden. So wollen wenigſtens Jac. Gothofredus [35]), Hubert Giphanius [36]), und Peter van Toullieu [37]), die *L.* 5. *C. h. t.* verſtehen, worin es heißt:

Quinque pedum praeſcriptione ſubmota, finalis iurgii, vel locorum libera peragatur intentio [38]).

Allein

34) S. HUBERI Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. STRUVII Syntagm. iuris civ. Exercit. XIV. Th. 57. und HEINECCII Hiſtor. iuris civ. Lib. I. cap. III. §. 101. not.*). pag. 179.

35) Commentar. ad L. 4. Cod. Theodos. h. t. Tom. I. pag. 237. *edit. Ritter.*

36) Explanat. difficilior. et celebrior. Legum Codicis Iuſtin. ad L. penult. er L. ult. C. h. t. pag. 208. ſqq.

37) Collectanea iuris civ. Diſſertat. IV. Cap. 9.

38) So wie dieſes Geſetz im Juſtinianeiſchen Codex lautet, iſt es verſtümmelt. Vollſtändiger iſt es *L. 4. Cod. Theodos. fin. reg.* nach Gothofredus Tom. I. Lib. II. Tit. 26. pag. 236. der Ritterſchen Ausgabe befindlich. Die beſte Erklärung von dieſer ſo ſehr mißverſtandenen Stelle giebt Weſtphal in dem Syſtem des röm. Rechts über die Arten der Sachen, Beſitz, Eigenthum und Verjährung. §. 826.

Allein wenn es auch an sich seine Richtigkeit hat, daß hier unter dem Wort *praescriptio* nicht, wie Alciat [39]), und mehrere andere [40]) es erklären, eine Verjährung der Gränze, sondern vielmehr die gesetzlich bestimmte Gränzscheidung von fünf Fuß breit (spatium quinque pedum legibus praescriptum) verstanden werden muß, wie durch die von Jacob. Gothofredus [41]) angeführten Beweisstellen ausser Zweifel gesetzt worden ist; so ist doch von einer Aufhebung dieses Gränzraums überall die Rede nicht, sondern das Wort *submovere* heißt hier, wo von Gränzen die Rede ist, soviel als confundere oder de loco movere [42]). Die Worte: *Quinque pedum praescriptione submota* sind daher so zu erklären: Wenn die gesetzlich verordnete Gränzlinie von fünf Fuß breit verrückt oder verdrängt worden ist, so soll weder die deshalb dem Nachbar zustehende Gränzscheidungsklage, noch die Vindication des demselben durch die Verrückung der Gränze entzogenen Stück Landes einer Verjährung unterworfen seyn, sondern die Klage zu aller Zeit Statt finden [43]). So ist nach Johann

39) Libr. de quinque pedum praescriptione §. 19. et 20.

40) POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XVI. *Alex. Andr.* de RAMDOHR Commentat. de limitum praescriptione. *Goettingae 1746.* Sect. III. §. 17. *Car. Guil.* MÜLLER Diss. de crimine termini moti. *Lipsiae 1752.* §. 8.

41) *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 4. Cod. Theod. h. t. Tom. I. pag. 237.

42) *L. 1. L. 2. et 3. D. de termino moto.*

43) In wiefern Justinian durch die *L. ult. C. h. t.* und *L. 1. §. 1. C. de ann. except.* dies abgeändert habe, wird §. 719. vorkommen.

Johann Eduard Wittert[44]) dieses Gesetz zu erklären, welches der große Gerhard Noodt[45]) für unerklärbar hielt. Daß durch dieses Gesetz die vorgeschriebene Breite des Gränzreins von 5 Fuß keinesweges aufgehoben worden ist, erhellet noch deutlicher aus *L.* 5. *Cod. Th. h. t.* wo es heißt:

Cunctis molitionibus, et machinis amputatis, finalibus iurgiis ordinem modumque praescripsimus; *ac de eo tantum spatio, hoc est, pedum quinque, qui veteri iure praescripti sunt, sine observatione temporis arbitros iussimus iudicare.* Quod si loca in controversiam veniant, solenniter Judicans cognoscat, et seu civilis seu criminalis actio competit, tribuatur, ita ut causa cognita, et redhibitione obnoxius decernatur, nec poenam convictus aufugiat[46]).

In dieser Constitution, welche Kr. Theodos der Große im Jahr Chr. 392. promulgirte, und die also viel jünger ist, als die vorhergehende vom Kr. Valentinian im Jahr 385. gegebene Verordnung, wodurch das zum Gränzreine vorgeschriebene Spatium quinque pedum nach der Meinung vieler Rechtsgelehrten sollte aufgehoben wor-

den

44) Disputat. de praescriptione quinque pedum ad L. penult. Cod. fin. reg. *Lugduni Batavor.* 1751. (in *Ger.* OELRICHS *Thesauro novo Dissertation. iuridic. Belgicar.* Vol. II. Tom. I. Nr. VII.)

45) Commentar. ad Pand. h. t. in fine Tom. II. *Operum.*

46) Ich habe die Constitution, welche nach Gothofred manche unrichtige Lesearten enthält, nach Ritters Emendation hier dargestellt. S. *Tom. I. Cod. Theodos. L. II. Tit. 26. pag. 241. sq.*

den seyn, wird also nochmals dieser in dem alten Rechte vorgeschriebene Gränzraum, so wie der Unterschied zwischen *iurgium finale* und *controversia locorum* bestätiget, nur mit der Abänderung, daß die Unverjährbarkeit der Klage blos auf das erstere beschränkt seyn solle. Wie lange jedoch jenes gesetzliche Reinmaaß im Gebrauche geblieben sey, ist unbekannt. Einige [47]) glauben, es sey schon zu Justinians Zeiten ausser Gebrauch gekommen, andere [48]) nach Justinian. Allein es läßt sich das eine so wenig als das andere mit Grund behaupten, wie Saxe [49]) sehr richtig bemerkt hat. Soviel ist indessen gewiß, daß es darauf heut zu Tage bey der Gränzscheidungsklage nicht mehr ankomme [50]).

Das iudicium finium regundorum ist nun, soviel die Natur dieser Klage anbetrift,

1) eine *actio duplex*, denn jeder Gränznachbar kann sie anstellen, dem an der Berichtigung der verworrenen Gränzen gelegen ist. Es muß jedoch zuvörderst der Besitz, wenigstens der jüngste [51]), berichtiget werden, theils um die Ruhe unter den Partheyen herzustellen, und Thätlichkeiten

47) *de* RAMDOHR Commentat. de limitum praescriptione Sect. III. §. 17. p. 49. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3078.

48) HEINECCIUS in Histor. iuris Lib. I. cap. 3. §. 101. in fin.

49) Vid. SAXII Diss. cit. Cap. 5. pag. 22.

50) GOESIUS in Notis ad rei agrar. Scriptores pag. 193. MÜLLER ad STRUVII Synt. iur. civ. Exercit. XIV. Th. 57. not. ξ. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 12.

51) S. *de* BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. VI. Th. 4. Not. 3.

keiten unter denselben zu verhüten, theils damit man wisse, wer Klägers oder Beklagtens Stelle zu vertreten hat. Daher sagt *L.* 3. *C. h. t.*

Si quis super sui iuris locis prior de finibus detulerit querimoniam, quae proprietatis controversiae cohaeret; *prius possessionis quaestio finiatur*: et tunc agrimensor ire praecipiatur ad loca, ut, patefacta veritate, huiusmodi litigium terminetur.

Wenn nun gleich bey dieser Klage eigentlich derjenige, welcher zuerst klagt, als Kläger angesehen wird[52]; so kann doch auch dieser, wegen des gleichen Rechts des Beklagten, selbst zugleich Beklagter seyn, und daher auch, wegen der dem Beklagten in Rücksicht der Gränzberichtigung etwa zustehenden Gegenforderungen, condemnirt werden[53], wie sich in der Folge noch mit Mehrerem ergeben wird.

Die Gränzscheidungsklage ist ferner

2) eine gemischte Klage. Zwar ist das dingliche Recht bey dieser Klage nicht die Hauptsache, worüber gestritten wird. Denn es pflegen sich gemeiniglich die Angränzer einander zuzugestehen, daß jedem das Eigenthum des Grundstücks zugehöre, dessen Gränzen in Verwirrung gerathen sind. Es wird also hauptsächlich nur über die Gränzen gestritten, und auf die wegen der Verwirrung derselben entstandenen persönlichen Leistungen geklagt, wozu die Verbindlichkeit entweder unmittelbar aus dem Gesetz, oder aus der Administration der Gränzen quasi

52) *L.* 2. *§.* 1. *D. Communi divid.*

53) *L.* 2. *§.* 1. *L.* 3. *D. h. t.*

quasi ex contractu, oder auch aus einer von dem Beklagten unternommenen unerlaubten Handlung entspringt[54]). Allein da auch zugleich auf Restitution desjenigen geklagt werden kann, was der Beklagte wegen der entstandenen Verwirrung der Gränzen von des Klägers Länderey ohne rechtlichen Grund besitzt, und folglich in dieser Hinsicht zugleich die Stelle der Reivindication vertritt, sie ist die Gränzscheidungsklage auch zugleich als eine actio in rem anzusehen, und so erklärt sich denn der Ausspruch des röm. Juristen **Paulus** von selbst, wenn er *L.* 1. *D. h. t.* sagt:

Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est.

Johann Voet[55]) und **Gerhard Noodt**[56]) wollen zwar diese Stelle so verstehen, daß die Gränzscheidungsklage hauptsächlich eine *actio in rem* sey, weil jeder Nachbar dadurch das ihm gebührende Seine von dem Andern fordert, was ihm wegen der in Verwirrung geratheten Gränzen an seinem Grundstück fehlt; daneben sey aber diese Klage doch **auch zugleich** eine *actio in personam*, inso-

fern

54) §. 3. *I. de obligat. quae quasi ex contr. nasc. L.* 4. §. 1. *et* §. 4. *L.* 8. *D. h. t. Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Instit. Lib. IV. Tit. 6. §. 18—20. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 5. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 2. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. und **Schmidt** in dem theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen 4. Bd. §. 1139.

55) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 4. pag. 445.

56) Comm. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 236.

fern sie nämlich auf persönliche Leistungen geht, und in dieser Hinsicht auf einer obligatio gegründet ist. Noodt[57]) sucht zur Unterstützung seiner Erklärung aus mehreren Stellen zu beweisen, daß öfters das Wort *etiam*, da, wo es nicht steht, ergänzt werden müsse. Allein daß diese Erklärung dem eigentlichen Sinn dieser Stelle nicht gemäß sey, beweisen insonderheit die Basiliken[58]), in welchen die Stelle so lautet:

Το περὶ ἕξεων ἰδιωτείων προσωπικόν ἐστιν, εἰ καὶ πραγματος ἐνδίκησιν ἔχει. i. e. *Finium regundorum iudicium personale est, licet rei vindicationum contineat*[59]).

Eben deswegen, weil die Klage eine actio mixta ist, kann sie auch in foro rei sitae angestellet werden[60]).

3) Die Gränzscheidungsklage findet nur inter confines, wie Paulus[61]) sagt, das ist, unter Feldnachbaren Statt; nicht wider einen Dritten, der kein Gränznachbar ist. Hat ein solcher die Gränzen vorsätzlich verrückt, so muß die actio de termino moto wider ihn angestellt werden[62]).

4) Die

57) Lib. sing. ad Edictum de pactis et transactionib. Cap. 3.

58) Tom. VI. Lib. LVIII. Tit. 9. Const. 1. pag. 778.

59) Man sehe vorzüglich *Ulr.* HUBERI Eunom. Rom. Lib. X. ad L. 1. D. h. t. pag. 429. sq.

60) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 3. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 6. §. 43. WERNHERI Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 1.

61) *L. 4. §. 10. D. h. t.*

62) Nach der *Lege agraria* C. IULII CAESARIS, deren Callistratus *L. 3. D. de termino moto* gedenkt, gieng die Klage

4) Die Klage geht zwar hauptsächlich auf Berichtigung der Gränzen, welche in Verwirrung gerathen sind; sie bestehe nun entweder in einer Wiederherstellung der alten, oder Festsetzung neuer Gränzen, wenn es nämlich nicht möglich wäre, die alten ausfindig zu machen. Doch finden nebenbey auch Forderungen wegen des Interesse Statt, wohin nicht nur Erstattung der entzogenen Nutzungen, sondern auch der Verwendungen und Unkosten, welche der Kläger z. B. für die Ausmessung der Felder hat bezahlen müssen, so wie nicht minder Ersatz der verursachten Schäden gehört. Die näheren Bestimmungen hierüber werden unten §. 723. angegeben werden. Hier nur noch eine Stelle aus Paulus *Lib.* 23. *ad Edictum.* Dieser röm. Jurist sagt nämlich *L.* 4. §. 1. *D. h. t.*

In iudicio finium regundorum etiam eius ratio fit, *quod interest.* Quid enim, si quis aliquam utilitatem ex eo loco percepit, quem vicini esse appareat? inique damnatio eo nomine fiet [63]). Sed et si mensor ab altero

ge auf eine Geldstrafe von 50 aureis. Jetzt wird auf das Interesse, und auf eine willkührliche Strafe geklagt. S. *Christ. Henr.* TROTZII Diss. de termino moto. *Trajecti ad Rhenum 1730.* (in *Ger.* OELRICHS *novo Thesauro Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. II. Tom. I. Nr. 3.) und *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 3.

63) So lieset TAURELLIUS und nach ihm GEBAUER. Allein HALOANDER und VINTIMILLIUS wollen mit der Vulgata lieber an inique damnatio eo nomine fiet? lesen. Es scheint auch, daß das Fragzeichen, welches nach dem Worte *appareat* steht, mit NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 236. auf diese Art verändert werden müsse, wenn die Florentinische Lesart gerettet

altero solo conductus sit, condemnatio erit facienda eius, qui non conduxit, in partem mercedis.

§. 718.

Erfordernisse des iudicii finium regundorum. Welche Klagen finden Statt, wenn bey Gebäuden Gränzstreitigkeiten entstehen? *actio viae receptae.*

Die Gränzscheidungsklage setzt nun I. eine Gränzverwirrung voraus, das heißt, es muß eine Ungewißheit über die wahren Gränzen vorhanden seyn, sie sey nun entweder durch Zufall z. B. durch Ueberschwemmung, oder feindliche Belagerung, oder durch das Alterthum der Zeit, oder durch die unerlaubte Handlung des Gränznachbars entstanden. Justinian sagt ausdrücklich § 6. *I. de officio iud.* Eo quoque nomine condemnandus est quisque hoc

werden soll. Denn mit *Cujac* in Paulo ad h. L. *non inique* zu lesen, ist eine viel zu gewagte Critic, welche JAUCHIUS in Meditat. critic. de Negationib. Pandect. pag. 171. und pag. 244. mit Recht verwirft. Die aufgeworfene Frage involvirt ja ohnehin schon eine Negation. Vielleicht gefällt indessen die wirklich sinnreiche Erklärung des gelehrten *Io. Frid.* SAMMET in Recept. Lection. ad Iauchium Disputat. I. Cap. VI. §. 3. (in *Opusc.* pag. 128.) welcher die Lesart und Interpunction unverändert läßt, und den Paulus aus sich selbst erklärt. Paulus sagt nämlich *L. 3. D. de damno inf. Damnum* et *damnatio* ab ademtione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt. *Damnatio* ist also auch in unserer Stelle nicht, wie es alle erklären, für eine *condemnatio, quae officio iudicis fit*, sondern für *damnum* zu nehmen, und nun die Stelle so zu verstehen: Iniquum ergo est, ut vicinus *damnationem*, id est *deminutionem patrimonii sui* patiatur, si alter vicinus ex eo utilitatem perceperit.

hoc iudicio (sc. finium regundorum), *quod forte circa fines aliquid malitiose commisit*: verbi gratia, quia lapides finales furatus est, vel arbores finales excidit. Jedoch findet in diesem Falle auch eine peinliche Anklage Statt [64]). Wo also keine Gränzverwirrung möglich ist, da fällt die Gränzscheidungsklage weg. Sie findet daher bey solchen Grundstücken nicht Statt, welche durch ein Gebäude, oder durch die Landstraße, oder durch einen öffentlichen Fluß geschieden sind. **Paulus** sagt *L.* 4. §. 10. *D. h. t.* Etsi in agris *aedificia* iuncta sint, locus huic actioni non erit; und §. 11. Sive *flumen* sive *via publica* intervenit [65]), confinium non intelligitur: et ideo finium regundorum agi non potest. Eben dieser römische Jurist

 setzt

64) *L.* 1. *et* 2. *D. de termino moto. Const. crim. Carol. Art.* 114. *Car. Guil.* MÜLLER Diss de crimine termini moti. *Lipsiae* 1752. Beyde Klagen die actio civ. finium regundorum und die actio crim. de termino moto können auch cumulirt werden. *L.* 4. §. 4. *D. h. t.* S. *Io.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XX. §. 40. und *de* BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. VI. Th. 4. Not. 10.

65) Ich muß hier bemerken, daß die Lesart des §. 11. in den Ausgaben der Pandecten verschieden ist. TAURELLIUS, HUGO *a* PORTA, RUSSARDUS, CHARONDAS, GOTHOFREDUS und GEBAUER lesen: *Sive via publica.* HALOANDER, und BAUDOZA CESTIUS hingegen: *Si vero flumen vel via publica.* Diese Lesart billiget auch NOODT in Comm. ad Pandect. h. t. pag. 234. Die Vulgata aber liest: *Si vero via publica.* So hat auch unser Cod. Pand. Erlang. und diese Lesart billiget insonderheit *Ulr.* HUBER in Eunom. Rom. ad h. L. pag. 427. Allein die richtigere Lesart nach Brenkmanns Urtheile in dem Gebauerschen Corp. iuris ist die von mir beybehaltene: *Sive flumen sive via publica*, wie CONTIUS aus dem Frontin bewiesen hat.

setzt noch *L.* 5. *D. eodem* hinzu: Quia magis in confinio meo via publica, vel flumen sit, quam ager vicini. Hat daher ein Nachbar auf eine unerlaubte Art den öffentlichen Weg auf des Andern Grundstück hinübergebracht, z. B. er hat von dem öffentlichen Wege Etwas abgepflügt, wodurch derselbe zu schmal geworden ist, daher die Fuhrleute sich genöthiget gesehen haben, sich einen Weg über das gegenüber liegende Grundstück zu machen[66]; so findet die Gränzscheidungsklage nicht Statt, sondern es muß eine andere Klage angestellet werden, welche *actio viae receptae* oder besser *reiectae*[67]) genennt wird. Paulus gedenkt derselben *L.* 3. *pr. D. de via publica*, wo es heißt:

Si in agrum vicini viam publicam quis reiecerit, tantum in eum *viae receptae actio* dabitur, *quanti eius interest*, cuius fundo iniuria irrogata.

Diese Klage geht dahin, daß der Beklagte allen durch die Rejection des öffentlichen Weges verursachten Schaden ersetze,

66) Es kann die unerlaubte Handlung, wodurch der öffentliche Weg auf des Nachbars Grundstück gebracht wird, auch unterlassungsweise begangen werden, dahin gehört, wenn der eine Nachbar die ihm obliegende Ausbesserung des öffentlichen Weges auf seiner Seite unterläßt. Denn so wie jedem das Recht zusteht, den öffentlichen Weg zu bessern, und Niemand daran gehindert werden darf, so liegt die Verbindlichkeit zur Ausbesserung zunächst den Feldnachbaren ob. S. WESTPHAL Interpretat. iur. civ. de libertate et servitut. praedior. §. 90. et not. 90. pag. 80. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen 5. B. §. 1322.

67) S. *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejust. ad *Iul.* PAULI *Sentent. Recept.* Lib. I. Tit. 14. not. 2. pag. 252.

ersetze, auch den vorigen Weg wiederherstelle, und ihm bey Strafe untersagt werde, den Weg noch einmal auf des Klägers Grundstück zu verlegen [68]). Es ergiebt sich hieraus, daß diese Klage eine eigene, von der Klage des Aquilischen Gesetzes ganz unterschiedene, prätorische Klage sey, und daß daher diejenigen [69]) offenbar irren, welche sie blos für eine Art von jener Klage halten wollen [70]). Insofern diese Klage blos auf Schadenersatz gerichtet wird, findet sie unstreitig auch gegen die Erben Statt; dahingegen sind dieselben zur Wiederherstellung des öffentlichen Weges nur dann verbunden, wenn sie durch die unerlaubte Handlung ihres Erblassers bereichert worden sind [71]). Heutzutage kann man sich jedoch, ohne eine förmliche Klage anzustellen, auch einer bloßen Denunciation bedienen [72]).

Ein bloßer Bach oder Privatweg, welcher zwey Grundstücke von einander scheidet, hindert die Gränzscheidungsklage nicht [73]).

68) S. STRYK Tr. de actionib. forens. Sect. I. Membr. IX. §. 27. BOEHMERI Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. XI. §. 12. und Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden. §. 1325. Außer der *actio viae reiectae* findet auch noch das *Interdictum, ne quid in via publica fiat*, Statt, auch dies geht zugleich auf das Privatinteresse des Klägers. *L. 2. §. 20. et §. 24. D. Ne quid in loco publico.* S. WESTPHAL cit. lib. §. 484. et 485.

69) Z. B. LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pand. Lib. XLIII. Tit. XI. §. 3. STRUV. in Syntagm. iuris civ. Exercit. XLV. Th. 79. und MÜLLER ad *Struv.* c. l. not. *α*.

70) S. Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 5. B. §. 1322. Not. i.

71) S. Schmidt im angef. Commentar §. 1324.

72) S. MADIHN ad *Menckenii* Introduct. in doctr. de actionib. for. pag. 384. not. 1227.

73) *L. 6. D. h. t.*

II. Die actio finium regundorum findet nach dem römischen Rechte nur alsdann Statt, wenn die Gränzen anliegender Feldgüter in Verwirrung gerathen sind. Bey Gebäuden kann daher diese Klage ordentlicher Weise nicht gebraucht werden. Schon Cicero [74]) sagt: Si in urbe de finibus controversia est, *quia fines magis agrorum videntur esse, quam urbis*, finibus regundis adigere arbitrum non possis. Noch deutlicher aber lehrt dies **Paulus**, wenn er *L.* 4. §. 10. *D. h. t.* sagt:

Hoc iudicium locum habet *in confinio praediorum rusticorum:* urbanorum displicuit. Neque enim *confines* hi, sed magis *vicini* dicuntur, et ea *communibus parietibus* plerumque disterminantur [75]).

Entsteht bey Gebäuden ein Streit über die Gränzen, so findet, ehe noch der Bau vollendet ist, die *novi operis nunciatio*, nachher aber nach dem Unterschiede der Fälle die Reivindication, oder die Confessorische, oder Negatorien-Klage Statt; oder man kann sich auch eines possessorischen Rechtsmittels, des *Interdicti, quod vi aut clam*, bedienen [76]). Wenn jedoch bey Gebäuden Gärten

74) *Topicor. cap. 10.*

75) *Communes parietes* heißen hier nicht solche Wände, welche mehreren angränzenden Häusern gemeinschaftlich sind, sondern diejenigen, welche ein einzelnes Gebäude, dergleichen man insulae nannte, von allen Seiten umschließen. S. *Ge.* D'ARNAUD Variar. Conjecturar. Lib. II. cap. 25. pag. 383.

76) Denn von einem Quasi-Contract kann hier keine Frage seyn. Der Streit kann blos entweder die Proprietät, oder die Anmaßung einer Servitut, oder die Befreyung von derselben betreffen. Ersatz für die zugefügten Schäden ist hier nur Folge der

ten befindlich sind, die an einander gränzen, so kann zuweilen wohl auch eine solche Gränzverwirrung entstehen, welche der Gränzscheidungsklage Raum giebt [77]).

§. 719.

Wenn hat bey der Gränzscheidungsklage die Verjährung Statt?

Bey der Gränzscheidungsklage müssen zwey Fälle unterschieden werden. Es wird entweder blos über die Auseinandersetzung wirklich verworrener Gränzen gestritten, oder es wird zugleich die Restitution eines dem Kläger gehörigen Stück Landes gefordert, welches der Beklagte über die Gränzlinie besitzt [78]). Man kann die Klage in jenem Falle mit Peter van Toullieu [79]) *actio finium regundorum simplex*, in diesem aber *actio finium regundorum qualificata s. ea, quae pro rei vindicatione est*, nennen. Der Unterschied besteht darin, daß jene keiner Verjährung unterworfen ist, weil bey verworrenen Gränzen, wegen der Ungewißheit derselben, kein fester und gewisser Besitz Statt findet [80]). Schon nach den Gesetzen

der Realklage. S. CARRACH Adnotation. ad *Boehmeri* doctrinam de actionib. Sect. II. Cap. VI. ad §. 42. not. 99. pag. 285. HOFACKER Princip. iuris civ. T. III. §. 3073. not. b. und HOMMEL ad MENCKENII Introduct. in doct. de actionib. for. pag. 385. not. 1234.

77) *L. 4. §. 10. D. h. t.* Et in urbe hortorum latitudo contingere potest, ut etiam finium regundorum agi possit.

78) Die Gesetze nennen dies zum Unterschied von Confinium, *locus*, wie aus *L. 60. pr. D. de Verb. Signif.* erhellet, wo Ulpian sagt: LOCUS est non fundus, sed *portio aliqua fundi.*

79) Collectan. iuris civ. Dissert. IV. Cap. VIII. pag. 211. sqq.

80) S. *de* BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. VI. Th. IV. Not. 7. *a* LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VII. Specim. CCCCLIV. medit.

der zwölf Tafeln konnte der zwischen Aeckern zu lassende fünffußbreite Gränzraum nicht usucapirt werden. Eben dies wiederholte die Lex Mamilia; und die Verordnungen der christlichen Kaiser dehnten dies auch auf die Präscription aus, wie aus den bereits oben (§. 717.) angeführten Verordnungen der Kaiser Theodos und Valentinian erhellet. Ja Kaiser Theodos II. nahm in der *L. un. Cod. Theodos. de actionib. certo tempore finiendis* von der dreyßigjährigen Präscription die Gränzscheidungsklage ausdrücklich aus, und einen andern Sinn können wir auch jetzt der *L. penult. Cod. h. t.* nicht beylegen [81]).

Wird hingegen die Gränzscheidungsklage zugleich auf Restitution eines Stück Landes gerichtet, welches der Beklagte über die Gränzen sich angemaßt haben soll, so findet in diesem Falle, wo die Klage zugleich die Stelle der Reivindication vertritt, allerdings eine Verjährung statt, wenn der Beklagte beweisen kann, daß er sich dreyßig Jahre hindurch

medit. II. VINNIUS select. iuris Quaest. Lib. I. Qu. 34. Joh. Lud. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener practischer Rechtsmaterien. 2. B. Nr. LXVIII. §. 2. S. 232. Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 44. S. 126. und Hagemann im Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 164.

81) S. *Alex. And. de* RAMDOHR. de limitum praescriptione. *Goett. 1746.* Sect. III. §. 17. *Io.* MÜNCH de praescript. limitum. *Aug. Treviror. 1751.* und *Car.* SAXE Diss. ad Leg. Mamiliam. Cap. 5. pag. 22. Anderer Meinung sind *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. und *Io. Ed.* WITTERT in Diss. de praescriptione quinque pedum. Cap. II. §. 2. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertat. iuridic. Belgicar.* Vol. II. Tom. I. pag. 421.

hindurch bestimmter Gränzen bedient, und dasjenige, was der Kläger als sein Eigenthum vindicirt, während dieser Zeit mit Ausschließung des Eigenthümers in ruhigem und ungestörtem Besitz gehabt habe [82]). Nur von diesem Falle kann die *L. ult. Cod. finium reg.* verstanden werden, wo Justinian die Dauer der Gränzscheidungsklage auf dreyßig Jahre beschränkt [83]). Zwar ist diese Verordnung, der Inscription nach, ursprünglich von den Kaisern, Theodos, Arcadius und Honorius gegeben. Allein vergleicht man dieselbe so, wie sie im Theodosianischen Codex *L. 5. h. t.* Lib. II. Tit. 26. befindlich und daraus oben (§. 717.) wörtlich angeführt worden ist, mit der *L. ult. Cod. Iust. h. t.* wo sie so lautet:

Cunctis molitionibus et machinationibus amputatis, decernimus, in finali quaestione non longi temporis, sed triginta tantummodo annorum praescriptionem locum habere;

so findet sich zwischen beyden Verordnungen eine so wesentliche Verschiedenheit [84]), daß die Interpolation derselben unverkennbar ist, und daher die *L. ult. C. h. t.* so wie sie jetzt lautet, mit vollkommenen Recht dem Kaiser Justinian zugeeignet werden kann. Jedoch ist noch zu bemerken,

1) daß jene Unverjährbarkeit der Klage in dem ersten Falle nur insofern Statt finde, als die actio finium regundo-

82) S. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 3079.

83) S. Thibaut a. a. O. §. 44. S. 129.

84) S. *Iac.* GOTHOFREDI Commentar. ad L. 5. Cod. Theod. fin. regundor. Tom. I. pag. 241. edit. RITTER. u. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. T. II. *Oper.* pag. 236. sq.

gundorum wirklich auf Bestimmung der in Verwirrung und Ungewißheit gerathenen Gränzen geht. Denn insofern sie blos auf persönliche Leistungen gerichtet ist, ist sie ohne Zweifel der Verjährung unterworfen [85]).

2) Insofern die Verjährung bey der Gränzscheidungsklage eintritt, wird nach dem heutigen Gerichtsgebrauche, in Gemäsheit des canonischen Rechts, von Seiten des Beklagten eine bona fides erfordert [86]).

§. 720. und 721.

Rechtliches Verfahren bey der Gränzscheidungsklage.

Bey einer angebrachten Gränzscheidungsklage hat nun der Richter zuvörderst darauf zu sehen, ob sich nicht die alten Gränzen wieder ausmitteln, und zur Gewißheit bringen lassen. Zu dem Ende ist der Kläger verpflichtet, nicht nur die Gegend und Stelle, wo die Gränze streitig ist, deutlich und bestimmt anzugeben, sondern auch den Gränzzug, wie er solchen behauptet, mit möglichster Deutlichkeit zu beschreiben [87]), so wie nicht minder die Mittel, wodurch er die Richtigkeit der von ihm angegebenen Gränze wahr zu machen gedenkt, gehörig anzuzeigen. Wird die Klage münd-

85) *L. 1. §. 1. C. de annali except.* S. *Bruno* CASTENDYK Diss. de eo quod iustum est circa praescriptionem in iudiciis divisoriis. *Goettingae 1792.* Sect. II. §. 7. et 8. und Thibaut a. a. O.

86) S HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. cura *Gmelin.* Tom. III. §. 3080.

87) Hat der Kläger solches in seiner Klageschrift unterlassen, so kann die Klage, wegen ihrer Undeutlichkeit, als unstatthaft von Amtswegen verworfen werden. S. Kleins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät. 1. B. Nr. 40.

mündlich angebracht, so hat der Richter bey der Vernehmung des Klägers auf diese Puncte vorzüglich Rücksicht zu nehmen, und darnach das Klageprotocoll anzufertigen [88]). Zum Beweis der Richtigkeit der angegebenen Gränzen ist der bloße Besitz des Klägers nicht hinreichend [89]), sondern er muß durch Zeugen, Urkunden, Flur- und Gränzbücher, Gränzbeziehungsprotocolle, anerkannte Risse und durch Gränzzeichen geführt werden [90]). Da hier beyde Theile ein gleiches Recht haben, so muß auch der Beklagte, wenn er andere Gränzen angiebt, mit seinen Angaben und Gegenbeweismitteln gehört werden [91]). Folgender Text aus dem Canonischen Rechte verdient hier vorzüglich bemerkt zu werden.

Cap. 3. *X. de probat.* — Ad quod scire debes, so reskribirt P. Lucius III. an einen *decanum Cistrensem* in England [92]), quod iudicium finium regundorum tale est, ut in eo utraque persona vices duorum habeat, vide-

88) S. Hagemanns Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 163. S. 291. und vorzüglich die allgemeine Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten. 1. Th. Tit. 42. §. 2. ff.

89) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXIV. medit. 1.

90) S. *Io. Rud.* ENGAU Tract. de librorum, quos Gränz-Lager-Bücher, Flurläufer, Erbbücher und Heberegister dicere solemus, forma, continuatione, renovatione, fideque varia. *Francofurti et Lipsiae 1756.* 4. von Trüßschler Anweisung zur Abfassung rechtlicher Aufsätze. 1. Th. S. 434. ff. und Hagemanns Handbuch a. a. O. S. 291.

91) S. GASSER Diss. de iudicio duplici §. 14.

92) So ist mit Böhmer in seiner Ausgabe des Corp. iuris canon. ad cap. 3. cit. not. 43. statt *Cistrensi Episcopo* zu lesen.

videlicet actoris et rei. Unde hinc inde teſtes recte produci poſſunt ad cognitionem iudicis inſtruendam: quibus examinatis, judex, quos praecellere intellexerit, ad fidem ſibi faciendam admittat.

Um die alten Gränzen wieder herzuſtellen, iſt es vorzüglich nöthig, die vorhanden geweſenen Gränzzeichen aufzuſuchen. Die Gränzzeichen können von verſchiedener Art ſeyn[93]).

1) In Anſehung der Materie, woraus ſie beſtehen, ſind ſie entweder natürliche Gränzen, (*Termini naturales*) z. B. Berge, Hügel, Flüſſe, Bäche, u. d. oder künſtliche (*Termini artificiales*). Dahin gehören Mahlbäume, welche durch ein eingehauenes Creuz bezeichnet ſind, ferner Lochbäume, in welchen ein Loch gemacht iſt; hauptſächlich aber Steine, welche zur Bezeichnung der Gränzen geſetzt zu werden pflegen. Dieſe werden davon Gränzſteine, *lapides finales* ſ. *terminales*, genennt. Bey dieſen iſt ſowohl auf die äußerliche Beſchaffenheit, ob ſie nämlich behauen, oder bezeichnet ſind, als auf den Platz, wohin nämlich nach den Grundſätzen der Geometrie Steine zu ſetzen ſind, nicht minder auf die innerlichen Merkmale derſelben, ob ſie nämlich Unterlagen, oder ſo genannte Eyer haben, Rückſicht zu nehmen[94]). Dieſe

93) Man ſehe hier HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 3071.

94) S. Joh. Jac. Hock Abhandlungen von Verſteinungen, Beſchreibungen, Verzeichnungen und Beziehungen der Gränzen zum Gebrauche eines Beamten und Geometers nach angewandten rechtlichen und mathematiſchen Grundſätzen. Mainz 1789. 8.

Diese Unterlagen können in Glasscherben, Kohlen, Eyerschalen, oder auch kleinen Steinchen bestehen, und werden Steineyer genennt [95]).

2) In Ansehung des Gegenstandes, den sie bezeichnen sollen, unterscheidet man öffentliche und Privatgränzen, je nachdem dadurch die Gränzen öffentlicher oder bloßer Privatrechte bestimmt werden. Zu jenen gehören die Land-Herrlichkeits-Gränzsteine, Gerichtssteine, Geleitsteine, Forst- und Jagdsteine, Flur- und Markungssteine, Weid- und Trottsteine, u. d. Zu den letztern die Güter- oder Acker-Gränzsteine.

3) In Ansehung der Art der Bezeichnung sind sie entweder Haupt-Eck- und Ortsteine, wenn dadurch der Anfang und das Ende eines Bezirks bezeichnet wird. *Lapides principales*, sive *angulares*; oder Läufer, wenn dadurch nicht der Anfang und das Ende, sondern blos der Gränzzug oder die Gränzlinie zwischen den Extremen bezeichnet wird. *Lapides minores*, *lapides secundarii*, *intermedii*, s. *cursores* [96]).

Zur Wiederauffindung der alten Gränzen dienen

1) Urkunden, sowohl privat- als öffentliche, mit Zuziehung der Interessenten verfertigte Urkunden, welche eine genaue Beschreibung der Grundstücke einer gewissen Flur nach ihrer Lage und Flächeninhalt enthalten. Dahin gehören die sogenannten Flurbücher, Lagerbücher, Flur-

95) WERNHER select. Observat. forens. Tom. II. P. X. Obs. 438. BECK Tr. de iure limitum Lib. I. Cap. 5. Obs. 9. und HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 3072.

96) S. HILDEBRAND Diss. de diversitate lapidum finalium, und FERRIERE Dictionaire du droit Art. *Bornes*, *Confins*, et *Limites*.

Flurläufer, Erb- Flur- und Gränzbücher [97]), Gränzbeziehungsprotocolle, Steuer- und Zinsregister, u. d. Papinian macht uns hierauf besonders aufmerksam, wenn er *L.* 11. *D. h. t.* sagt: In finalibus quaestionibus *vetera monumenta*, *census* [98]) *auctoritas* ante litem inchoatam ordinati [99]) sequenda est: modo si non varietate successionum, et arbitrio possessorum fines, additis vel detractis agris, postea permutatos probetur.

97) Man vergleiche hier vorzüglich die oben Not. 90. angeführte Schrift von Engau.

98) *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. ad Pand. Diss XI. §. 1. liefet statt census mittelst einer Gemination *ac census*. Wahrscheinlich waren die Worte *monumenta ac census* auf folgende Art abbreviirt *monumentA Census*. Eine gar nicht ungewöhnliche Gemination. Haloander hat *et* eingeschaltet. Unser Cod. Pand. Erlang. liefet hier ganz anders: *In finalibus quaestionibus vetera monumenta sequenda sunt*. Die Worte: *census auctoritas — ordinati* fehlen ganz. Unter *census* sind übrigens hier die tabulae censuales, de agrorum finibus publica auctoritate per agrimensores s. finitores confectae, zu verstehen, von deren Form und Auctorität besonders *Guil.* FORNERIUS Selection. Lib. III. cap. 2. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 84.) und *Bar.* BRISSONIUS Select. iuris Antiquitat. Lib. IV. cap. 5. handeln. Man vergleiche auch *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pandect. Disput. XXII. Th. 6. pag. 225.

99) Statt *ordinati* will *Elb.* LEONINUS Lib. II. Emendat. cap. 8. nr. 5. *ordinatim* lesen. Ihm stimmt auch *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 1. Cod. Theod. fin. reg. Tom. I. pag. 231. bey, und versteht unter *ordinatim*, ordinibus locorum s. terminis in re praesenti inspectis. Allein mit Recht verwirft diese Emendation *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. XXVII. §. 6.

tur [100]). Dieser Beweis wird im Zweifel dem Zeugenbeweise vorgezogen. Marcellus sagt *L.* 10 *D. de probat.* Census et monumenta publica potiora testibus esse, Senatus censuit.

2) Einnehmung des Augenscheins an dem Orte, wo die Gränze streitig ist. (*inspectio ocularis, evidentia facti, descente sur les lieux*). Diese ist zur Berichtigung der Gränzstreitigkeiten ein so nothwendiges Mittel, die wahren Gränzen aufzufinden, daß ohne dieselbe der Streit nicht füglich entschieden werden kann [1]) Nicht nur Ulpian [2]), sondern auch der Kaiser Constantin [3]) gedenken daher dieser Ocularinspection ausdrücklich, als ein vorzügliches Mittel die Wahrheit zu erkennen, und Gränzstreitigkeiten zu entscheiden. Eine solche Gränzbesichtigung kann nun vom Richter entweder von Amtswegen, oder auf Ansuchen einer, oder beyder Partheyen angeordnet werden [4]). Wird die Besichtigung von Amtswegen, oder auf Ansuchen beyder Theile erkannt, so müssen beyde Partheyen die Kosten dazu vorschießen. Wird sie aber blos auf Verlangen der einen Parthey verfügt, so trägt diese vor der Hand die Kosten allein [5]). Der sachfällige Theil, welcher nachher in die

100) In den *Basilic.* Tom. VI. Lib. LVIII. Tit. 9. Const. 11. pag. 778. lautet die Stelle so: Ἐν ταῖς περὶ ὁρων ζητήσεσιν ἀκολουθεῦμεν τῷ κήνσῳ, εἰ μὴ δειχθῇ παρὰ τῶν κτησαμένων ἐναλλαγὴν ἐν τοῖς ἀγροῖς γενέσθαι διὰ προσθήκης ἢ μειώσεως. i. e. *In finalibus quaestionibus censum sequimur, nisi probetur a possessoribus, immutationem in agris, per adjectionem vel detractionem, factam esse.*

1) S. Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses 2. Band. Nr. XLV. §. 6. von Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit zur Gründung des histor. und gerichtlichen Beweises 2. Th. X. Abschn. §. 2. S. 260. und Mehlens Anleitung zum gerichtlichen Prozeß 1. Th. §. 340. Not. 1.

2) *L. 8. §. 1. D. h. t.* verb. *oculisque suis subjectis locis.*

3) *L. 3. C. eodem.* — Agrimensor ire praecipiatur ad loca; ut patefacta veritate huiusmodi litigium terminetur.

4) S. Mehlen Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. §. 341.

5) HOFACKER Principia iur. civ. Tom. III. §. 3075. lit. B.

die Prozeßkosten verurtheilt wird, muß am Ende ihrem Gegner die von demselben verwendeten Besichtigungskosten wieder erstatten [6]). Die Gränzbesichtigung muß nun von dem Richter, oder einem dazu verordneten Commissar [7]) nicht nur mit Zuziehung beyder streitenden Theile [8]), sondern auch der von ihnen etwa vorgeschlagenen Zeugen, und eines Feldmessers oder Feldgeschwornen an dem streitigen Orte geschehen [9]). Gewöhnlich ist zwar die Citation, die deshalb an beyde über die Gränze streitenden Theile erlassen wird, blos monitorisch [10]). Bleibt also auch einer der beyden Theile aus, so geht die Besichtigung dennoch vor sich [11]). Sie kann aber doch auch zuweilen peremtorisch seyn, wenn die Gegenwart der Partheyen schlechterdings nöthig ist, um die streitigen Stellen und Gränzzeichen anzuweisen [12]). Ueber die Gränzbesichtigung muß hiernächst ein genaues und deutliches Protokoll aufgenommen werden [13]); es

6) Mehlen a. a. O. Not. 2. S. 451.

7) Von dessen Instruction bey Gränzbesichtigungen handelt ausführlich *Rutg.* RULANT in Tr. de Commissariis P. II. Lib. VI. pag. 206. sqq

8) Ohne geschehene Vorladung der Partheyen verliert die Ocularinspection alle Beweiskraft. WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. IV. Observ. 234. Gönner im Handbuche des gemeinen Prozesses 2. Bd. Nr. 44. §. 14. *Dav.* SCHEINEMANN Diss. de oculari inspectione §. 46.

9) Die bey Gränzbesichtigungen beyzuziehenden Kunstverständigen werden auch Landschieder, Steinsetzer, Umgänger, oder wie es corrupt ausgedrückt wird, Untergänger genennt. S. SCHEINEMANN cit. Diss. §. 15. WEHNER Observat. pract. v. Umgang. und BRACKENHOFFER Diss. de fin. reg. actione §. 20. Ihre Gleichstellung mit Zeugen macht deren Vereidigung nöthig. S. Gönner a. a. O. §. 15. und 16.

19) Gönner a. a. O. §. 15. lit. D.

11) *L. 3. C. h. t.* S. SCHNEIDERS Vollst. Lehre vom rechtlichen Beweise §. 509.

12) S. Martins Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses §. 206. Not. c. S. 284. der zweyten Aufl. und LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. CXIV. medit. 2. et 3.

13) Man sehe hier vorzüglich Gönner im angef. Handbuche 2. Bd. Nr. 44. §. 16.

es ist auch nöthig die streitige Gegend und die angegebenen Gränzen durch den Feldmesser in einen getreuen Riß bringen zu lassen, welcher sodann, wenn er von den streitenden Theilen anerkannt worden ist, vollkommene Beweiskraft hat [14]). Sollten etwa schon vorher von den Partheyen Risse übergeben worden seyn, wozu sie bey Gränzstreitigkeiten die Gesetze selbst verpflichten [15]), so müssen diese an Ort und Stelle mit der Sache selbst verglichen, die darin befundenen Mängel verbessert, und im Protokolle sich auf diese Risse unter Beybehaltung der darin gebrauchten Zeichen bezogen werden [16]).

3) Aussagen sachkundiger Zeugen, welche an den streitigen Ort hingeführt werden müssen. Es werden hier auch solche Zeugen zugelassen, die nicht aus eigener Wissenschaft, sondern auch nur darüber deponiren, was sie von andern alten Leuten, die von der Lage des Orts und den streitigen Gränzen Wissenschaft hatten, gehört haben [17]).

4) Bestimmung und Anweisung der Gränzen, welche von demjenigen, der vorheriger Eigenthümer von beyden angränzenden Gütern war, bey dem Verkaufe des einen derselben geschehen ist. Diese entscheidet jetzt über die Bestimmung der wahren Gränze, ohne Rücksicht, ob ehemals die Gränzen anders gewesen sind, oder nicht [18]).

§. 722.

Wie wenn die vorigen Gränzen nicht auszumitteln sind?

Lassen sich die alten Gränzen nicht erweisen, und es ist auch nicht möglich, sie auszumitteln, und in Gewisheit

14) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3075. pag. 398. in fin.

15) Jüngst. Reichsabsch. v. 1654. §. 51.

16) Gönner a. a. O. §. 16. S. 427.

17) *L. 2. §. 8. D. de aqua et aquae pluv.* CUJACIUS Observation. Lib. III. Obs. 26. RAEVARDUS Varior. Lib. I. cap. 14. MYNSINGER Observat. Lib. VI. obs. 26. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 37.

18) *L. 12. D. t. t.* Eos terminos, quantum ad dominii quaestionem pertinet, observari oportere fundorum, quos demonstravit is, qui utriusque praedii dominus fuit, cum alterum eorum venderet. Non enim termini, qui singulos fundos separabant,

zu bringen; so können sich entweder die Partheyen über die Bestimmung neuer Gränzen gütlich vereinigen, oder nicht. Im letzten Falle kann der Richter nach seinem billigen Ermessen eine neue Gränze setzen, wobey er denn befugt ist, wenn eine feste Gränzbestimmung auf andere Art nicht bewirkt werden kann, dem einen Theile von dem Grundstücke des Andern, gegen eine verhältnißmäßige Entschädigung, Etwas zuzusprechen [19]).

Es muß jedoch bey der Gränzberichtigung auch dafür gesorgt werden, daß der gesetzliche Zwischenraum wieder hergestellet werde [20]).

Hellfeld zieht aus diesen Prämissen die Folge, daß die Gränzscheidungsklage eine actio bonae fidei und arbitraria sey. Es ist jedoch das eine so wenig, als das Andere außer Zweifel. Man streitet nämlich

a darüber, ob die Gränzscheidungsklage eine actio bonae fidei oder stricti iuris sey? Das Erstere haben vorzüglich Cocceji [21]) und Marcilius [22]) zu beweisen gesucht. Allein das Letztere behaupten die meisten Rechtsgelehrten [23]) vorzüg-

rabant, observari debent, sed demonstratio adfinium novos fines inter fundos constituere. S. *Corn. van* BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. V. cap. 11. pag. 38.

19) *L. 2. §. 1. L. 3. D. h. t.* Vergl. insonderheit Hagemanns Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 163. S. 292. Not. 9.

20) *L. 13. D. h. t. Io. Frid.* EISENHART Diss. ad L. 13. D. fin reg *Helmst. 1761.* 4. und VOET in Comm. ad Pand. h. t. § 12. und HILDEBRAND Ex. de legitimo praedior. Spatio. *Alt. 1724.*

21) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 3.

22 Ad §. 28. I. de actionib. in *Iani a* COSTA Comment. ad Institut. pag 548.

23) *Emund.* MERILLIUS in Comm. ad §. 28. I. de act. *Ian. a* COSTA Comm. ad eund. §. verb. *Familiae erciscundae. Ant.* MURETUS ad eund. §. I. de actionib. bey *a* COSTA in Comm. pag 549 *Io Iac.* WISSENBACH in Exercitat. ad Pand. Disputat. XXII. Th. 5. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 2. HOFACKER Princip. iur civ. Tom. III. §. 3047. *Pet. de* GREVE Exercitat ad Pandect. loca difficilior. Exerc. X. §. 14. und besonders *Nic. Hier.* GUNDLING in Diss. de usu practico actionum bonae fidei et stricti iuris. Cap. I. §. 40.

vorzüglich darum, weil in dem §. 28. *I. de actionib.* wo die actiones bonae fidei angegeben werden, das iudicium finium regundorum nicht mit erwähnt wird, da doch die übrigen beyden Theilungsklagen, nämlich die actio familiae erciscundae und communi dividundo, ausdrücklich angeführt werden. Es scheine also die actio finium regundorum absichtlich weggelassen zu seyn. Ueberdem entspringe diese Klage gewöhnlich aus einem Delict, und könne also schon darum nicht auf Billigkeit Rücksicht genommen werden. Hierzu komme endlich noch, daß vermöge dieser Klage die Früchte dem Kläger erst von Zeit der Litiscontestation an zuerkannt würden. Nun hat zwar Cocceji schon alle diese Gründe hinlänglich beantwortet, es wird sich auch die Richtigkeit seiner Meinung noch in der Folge deutlicher ergeben; da indessen der Streit blos theoretisch ist, indem der römische Unterschied zwischen actionibus bonae fidei und stricti iuris heut zu Tage wegfällt[24]), so will ich mich dabey nicht weiter aufhalten. Eben so wenig sind

b) die Rechtsgelehrten darüber einig, ob die Gränzscheidungsklage eine actio arbitraria sey. Anton Faber[25]) hat dies aus vielen Gründen zu erweisen gesucht. Ihm stimmen auch Broeus[26]), Huber[27]), Westenberg[28]), Emminghaus[29]), und Höpfner[30]) bey. Voet[31]), Greve[32]), Wissenbach[33]) und Cocceji[34]) hingegen läugnen dieses.

24) S. GUNDLING cit. Diss. Cap. II. §. 12. sqq. und diesen Commentar 4. Th. §. 310. S. 254. ff.

25) De Errorib Pragmaticor. P. IV. Decad. XCIV. Err. 1. et 2.

26) Expositiom. in Iustin. Institut. Lib. IV. Tit. 6. ad §. Praeterea de actionib. §. 5. pag. 788.

27) Praelect. iuris Rom. P. II. h. t. §. 8.

28) Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 7.

29) Ad *Cocceji* ius civ. controv. Tom. II. h. t. Qu. 3. not. v. pag. 87.

30) Theor. pr. Commentar über die Institutionen §. 1134.

31) Commentar. ad Pand. h. t. §. 2.

32) Exercitat. ad Pand. loca difficil. Ex. X. §. 14.

33) Exercitat. ad Pand. Disputat. XXII. Th. 5.

34) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 3.

dieses. Versteht man unter einer actio arbitraria eine solche Klage, bey welcher der Richter vorläufig durch sein arbitrium bestimmt, was der Beklagte dem Kläger zu leisten habe, und, wenn diesem Bescheide keine Folge geleistet wird, die härtere condemnatio eintritt[35]); so verdient die erstere Meinung unstreitig den Vorzug, da bey dieser Klage der Ungehorsam die Verurtheilung des Beklagten zur Leistung des Interesse nach sich zieht, welches der Kläger auch eidlich bestimmen kann[36]).

§. 723.

Persönliche Forderungen bey dem iud. F. R. **Wem steht die Klage zu? Findet die Klage** inter socios **Statt?** iudicium finium regundor. utile.

Die Gränzscheidungsklage geht, außer der Wiederherstellung der wahren Gränzen, auch noch auf andere persönliche Forderungen; nämlich auf Leistung des Interesse, wenn während der Verwirrung ein Theil über seine wahre Gränze geschritten war. In dieser Hinsicht kann sie

I. auf Restitution der Früchte gerichtet werden. Es ist jedoch ein Unterschied zu machen.

1) Von Zeit der Litiscontestation an, müssen dem Kläger alle Früchte restituirt werden, und es ist hier kein Unterschied, der Beklagte sey redlicher oder unredlicher Besitzer. Denn auch der bonae fidei possessor haftet, von dieser Zeit an, für Dolus und Culpa.

2) In Ansehung der vor entstandenem Proceß percipirten Früchte hingegen kommt es darauf an,

a) ob sie noch vorhanden sind. Diese müssen, wie bey der Reivindication, restituirt werden[37]).

b) Sind sie hingegen consumirt, so darf sie zwar der redliche Besitzer nicht vergüten; dahingegen können die von dem unredlichen Besitzer gezogenen Nutzungen condicirt werden, wenn sie gleich nicht mehr vorhanden sind. Auf diese Art sind folgende zwey Gesetzstellen zu vereinigen, welche beyde aus Paulus *libro* 23. *ad Edictum* genommen sind[38]).

L. 4. §. 2. D. h. t. Post litem autem contestatam etiam fructus venient in hoc iudicio: nam et culpa et dolus exinde praestantur. Sed ante iudicium percepti non omnimodo[39]) hoc in iudicium venient:

35) §. 31. *I. de act.* S. den 3. Th. dieses Commentars §. 274. S. 611.

36) *L. 4. §. 3. D. h. t. §. 6. I. de offic. iud. L. 22. C. de Rei vindicat.*

37) *L. 22. Cod. de Rei vindic.* verglichen mit *L. 1. D. h. t.* S. HUBERI Praelect. iuris Rom. P. II. h. t. §. 7. v. *Fructibus.* und besonders CASTENDYK Diss. de eo, quod iustum est circa praescript. in iud. divisor. Sect. I. §. 4.

38) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 4. §. 2. D. h. t. Tom. II. P. II. p. 360. und *Ger.* NOODT Comm. ad Pand. h. t. pag. 236.

39) Wenn JAUCH in Meditat. critic. de Negationib. Pandectar. Cap. XVI. §. 20. Not. pag. 262. Das non omni modo durch *nullo modo* erklärt, so

venient: aut enim bona fide percepit, et lucrari eum oportet, si eos consumsit; aut mala fide, et condici oportet [40]).

L. 56. D. Familiae erciscundae. Non solum *in finium regundorum*, sed et familiae erciscundae iudicio, *praeteriti quoque temporis fructus veniunt.*

Unter den *fructus praeteriti temporis* werden hier unstreitig die vor Anstellung der Klage gezogenen Nutzungen verstanden. Wenn nun in der *L. 9. C. eodem.* der Grund, warum auch diese Früchte bey der Erbtheilungsklage berechnet werden müssen, darin gesetzt wird, weil diese Klage eine actio bonae fidei sey, so ist wohl kein Zweifel übrig, daß ein gleiches auch von der Gränzscheidungsklage zu behaupten sey. Denn in Ansehung der nach der Litiscontestation gezogenen Nutzungen ist zwischen actionibus bonae fidei und stricti iuris kein Unterschied [41]).

II. Auf Ablegung der Rechnung wegen der gezogenen Nutzungen, insofern sie dem Kläger zu restituiren sind. Jedoch kann der Beklagte die darauf verwandten Unkosten in Abrechnung bringen, ohne Unterschied, er sey redlicher oder unredlicher Besitzer [42]).

III. Auf Ersatz alles sowohl positiven Schadens, als entzogenen Gewinnes. Denn Paulus lehrt ausdrücklich *L. 4. §. 4. D. h. t.* In iudicio finium regundorum etiam eius ratio fit, *quod interest.* Jedoch geht dies hauptsächlich nur auf den unredlichen Besitzer [43]).

Die Gränzscheidungsklage steht übrigens nicht nur den Eigenthümern der angränzenden Grundstücke zu, sie mögen ein vollkommenes oder unvollkommenes, ein bürgerliches oder prätorisches Eigenthum haben; sondern auch andern Realberechtigten, z. B. dem Usufructuar, dem Pfandgläubiger [44]). Ein Pächter hingegen kann diese Klage in eigenem Namen nicht anstellen, weil ihm an dem Pachtgute kein dingliches Recht zusteht. Er kann indessen mandatario nomine des Verpächters klagen, und es wird dazu nicht einmal eine ausdrückliche Vollmacht erfordert, weil er schon dadurch stillschweigend bevollmächtiget ist, daß die gepachtete Sache unter seiner Sorgfalt steht [45]). Der Miteigenthümer hingegen kann diese Klage gar nicht

so ist dies offenbar falsch, wie theils aus dem in den nachfolgenden Worten der *L. 4. §. 2.* angegebenen Unterschiede, theils aus der *L. 56. cit. fam. erisc.* erhellet.

40) Denn die *condictio ex causa iniusta* oder *sine causa* concurrirt auch mit andern Klagen. *L. 5. D. de except. rei iudic. L. 52. D. Mandati.*

41) S. *Hugon.* DONELLI Tr. de fructibus. Cap. 2. und Westphals System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten und der Erbtheilungsklage §. 786.

42) *L. 1. C. de fructib.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XX. cap. 7.

43) HUBERI Praelect. iur. Rom. P. II. h. t. §. 7. Verb. *Et eo quod interest.* und CASTENDYK cit. loc.

44) *L. 4. §. 9. D. h. t.* Auch der Emphyteuta, ferner der bonae fidei possessor kann diese Klage anstellen; nicht aber der malae fidei possessor. VOET in Commentar. ad Pand. h. t. §. 6.

45) S. Schmidts Commentar 4. Bd. §. 1140.

nicht anstellen, auch eben so wenig dadurch belangt werden, wenn die Gränzen einer, ihm ausschließlich gehörenden Sache, mit der gemeinschaftlichen in Verwirrung gerathen sind; sondern muß sich des iudicii communi dividundo bedienen. Paulus läßt uns wenigstens hieran nicht zweifeln, wenn er *L 4. §. 7. D. h. t.* sagt:

Si communem fundum ego et tu habemus, et vicinum fundum ego solus, an *finium regundorum iudicium* accipere possumus? Et scribit POMPONIUS, *non posse nos accipere:* quia ego et socius meus in hac actione adversarii esse non possumus, *sed unius loco habemur.* Idem POMPONIUS, ne utile quidem iudicium dandum dicit, cum possit, qui proprium habeat, vel communem vel proprium fundum alienare, et sic experiri.

Der Grund dieser Entscheidung beruhet nicht, wie Cujaz [46]) irrig glaubt, darin, daß zwischen den Miteigenthümern eine solche persönliche Einheit Statt finde, wie zwischen Vater und Sohn; sondern er liegt vielmehr in der Natur der Communion oder des Miteigenthums selbst, vermöge welcher sich das Recht eines jeden an der gemeinschaftlichen Sache theilweise über alle Theile der gemeinschaftlichen Sache pro indiviso erstreckt [47]). Daher lassen sich in fundo communi keine Gränzen denken, sondern diese werden erst durch die Theilung festgesetzt. Darum hat nicht die Gränzscheidungsklage, sondern die actio communi dividundo Statt. Es ist also ein völlig ungegründetes Urtheil, welches Joh. Alb. Tiecke [48]) über die bisjetzt noch von allen Theoretikern und Praktikern [49]) vertheidigte Entscheidung des Pomponius ausgesprochen hat, daß sie, als der natürlichen Billigkeit, und aller Rechtsanalogie entgegenstreitend, schlechterdings zu verwerfen sey. Anton Mauritius Nazarius Comitti [50]) hat ihn deshalb gründlich widerlegt.

Endlich ist noch zu bemerken, daß das iudicium finium regundorum *utiliter* auch angestellt werden kann, wenn die Gränzen gewisser Gerechtigkeiten in Ungewißheit und Streit gezogen worden sind, z. B. die Gränzen eines Gerichtsbezirks, der Jagdgerechtigkeit, des Rechts Präbenden zu ertheilen [51]), u. d. Es kann ferner ipse *actio utilis* gebraucht werden, wenn zwischen verschiedenen Handwerkszünften über den Umfang ihrer Befugnisse Streit entsteht [52]).

46) Lib. XXII. Obs. 38.

47) S. des 8. Theils 1. Abth. §. 577. S. 78.

48) Diss. de socio finium regundorum agente. *Göttingae* 1779.

49) VOET Comm. h. t. §. 6. NOODT Comm. h. t. pag. 135. *Henr. a* SUERIN Repetit. Lection. iur. Cap. 21. (Tom. IV. *Thes. Otton.* pag. 78) FRANZKE Comm. ad Pand. h. t. nr. 14. et 15. ZOESIUS Comm. h. t. nr. 7. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 4. et ad Eund. EMMINGHAUS not. w. THIBAUT System des P. R. 2. Band. §. 576. u. a. m.

50) Progr. Utrum socius contra socium finium regundorum agere possit? *Fuldae* 1792. 4

51) *Cap. 3. X. de praeb.*

52) S. Schmidts Commentar 4. Bd. §. 1189.

K
G5675A8
Th.10
Abth.1

Glück, Christian Friedrich von
Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY

UTL AT DOWNSVIEW
D RANGE BAY SHLF POS ITEM C
39 10 06 03 08 013 9